

Die rechtswidrige verbindliche Anordnung,
insbesondere der rechtswidrige verbindliche Befehl,
und ihr Einfluß auf den Begriff
der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 113
des Strafgesetzbuches

von

MANFRED KIESEL

1961

Die rechtswidrige verbindliche Anordnung,
insbesondere der rechtswidrige verbindliche Befehl,
und ihr Einfluss auf den Begriff
der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 des
Strafgesetzbuches

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Manfred K i e s e l

München 1961



Erstgutachter: Professor Dr. jur. Dr. med. h.c. Karl E n g i s c h
Zweitgutachter: Professor Dr. jur. Reinhard M a u r a c h
Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1961

Inhaltsübersicht

=====

Seite:

Literaturverzeichnis

V

Abkürzungsverzeichnis

VII

I. Teil

Einleitende Voruntersuchungen.

<u>1. Abschnitt:</u> Einleitung und Problemstellung §§ 1-3	1
<u>2. Abschnitt:</u> Zur Geschichte und Rechtsvergleichung §§ 4-5	5
§ 4) Geschichtliche Hinweise.	5
§ 5) Rechtsvergleichender Überblick.	6

II. Teil

Rechtmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Verbindlichkeit staatlicher Massnahmen (Anordnungen) im Allgemeinen. Gründe der Wirksamkeit (des Geltungsanspruchs) einer solchen Massnahme. Bedeutung der Offensichtlichkeit oder besonderen Schwere der Rechtswidrigkeit einer Massnahme für ihre Verbindlichkeit und für die Beurteilung der "Rechtmässigkeit der Amtsausübung" in § 113.

<u>1. Abschnitt:</u> Die Rechtswidrigkeit einer Anordnung	10
§ 6) Allgemeines.	10
§ 7) Verstösse gegen objektive formelle Vorschriften	10
§ 8) Verstösse gegen objektive materielle Vorschriften	12
§ 9) Verstösse gegen überpositives Recht.	13
<u>2. Abschnitt:</u> Mindestvoraussetzungen (der Verbindlichkeit) einer Anordnung.	14
§ 10) Im Allgemeinen.	14
§ 11) Beim militärischen Unterordnungsverhältnis.	15
<u>3. Abschnitt:</u> Verbindlichkeit einer Anordnung nach h.L. und deren Kritik.	16
§ 12) Die herrschende Lehre und deren Kritik.	16
§ 13) Grundsätzliche Unabhängigkeit von Innen- und Aussenverhältnis.	18
<u>§ 14)</u> § 14 BBG und der in ihm zum Ausdruck kommende Grundsatz.	19
§ 15) § 7 FGG. Wirksamkeit einer fehlerhaften gerichtlichen Entscheidung und deren Gründe.	19

<u>4. Abschnitt:</u> Notwendigkeit einer anderen Lösungsmethode.	21
§ 16) Keine Lösung durch induktive Methode und aus den einschlägigen positiven Vorschriften möglich.	21
§ 17) Kein Widerstand gegen verbindliche Anordnungen. Entscheidend daher <u>die Verbindlichkeit einer Anordnung</u> .	23
§ 18) "Schwere" oder "Offensichtlichkeit" der Rechtswidrigkeit als eigentlicher Abgrenzungsgesichtspunkt.	27
<u>5. Abschnitt:</u> Die Vermutung der Rechtmässigkeit und die "Offensichtlichkeit" (besonders in der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt).	28
§ 19) Begriff der aktuellen oder potentiellen Kenntnis des Untergebenen von der Rechtswidrigkeit einer Anordnung.	28
§ 20) Die "Vermutung der Rechtmässigkeit".	29
<u>6. Abschnitt:</u> Die Gründe der Vermutung der Rechtmässigkeit. Die Autorität bei staatlichen Massnahmen.	30
§ 21) Das autoritative Element eines staatlichen Akts.	30
§ 22) Der Begriff der Autorität.	31
<u>7. Abschnitt:</u> Äussere Garantien für das Vorhandensein von staatlicher Autorität im Allgemeinen.	
§ 23) Die "Anerkennung" der Staatsgewalt und ihrer Massnahmen durch die Staatsangehörigen.	33
§ 24) Begriff und Bedeutung des Vertrauens.	35
<u>8. Abschnitt:</u> Äussere Garantien im Besonderen (in der Bundesrepublik Deutschland).	36
§ 25) Die Grundrechte.	36
§ 26) Wichtigste Gestaltungsprinzipien.	37
§ 27) Das Prinzip der Demokratie im Besonderen.	37
§ 28) Die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit.	39
§ 29) Ersatzansprüche gegen den Staat. Haftung der Beamten.	40
§ 30) Praktische Bedeutung der genannten Prinzipien, Institutionen usw. in der Bundesrepublik.	40
<u>9. Abschnitt:</u> Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse, Schlussfolgerungen hieraus.	42
§ 31) Autorität des Staates ist nachgewiesen.	42
§ 32) Die Vermutung der Rechtmässigkeit besteht zu Recht.	43
§ 33) Verbindlichkeit bedeutet Wirksamkeit gegenüber allen Beteiligten. Die Gravitäts-Evidenz-Theorie im Ver-	

waltungsrecht.	44
<u>10. Abschnitt: Der Begriff der Offensichtlichkeit.</u>	47
§ 34) Die "objektive" Offensichtlichkeit.	47
§ 35) Der Begriff der "subjektiven" Offensichtlichkeit.	49
§ 36) Der Zusammenhang zwischen beiden Begriffen.	51
<u>11. Abschnitt: Art und Umfang der Prüfungspflicht des Untergebenen, bzw. Vollstreckungsbeamten.</u>	
§ 37) Grundsätzliches Bestehen dieser Pflicht.	52
§ 38) Der Umfang dieser Pflicht. Die Abhängigkeit der Pflichtmässigkeit der Amtsausübung von der objektiven Schwere der Rechtswidrigkeit einer Anordnung.	54
<u>12. Abschnitt: Bedeutung einer Pflichtenkollision bei vorliegendem Problem.</u>	
§ 39) Die Pflichtenkollision des Untergebenen.	59
§ 40) Pflichtenkollision des Betroffenen? Der Gesichtspunkt der Güterabwägung bei vorliegendem Problem.	62
<u>13. Abschnitt: Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse.</u>	63

III. Teil

Der Einfluss der Rechtswidrigkeit einer Anordnung auf die Beurteilung des Begriffes der Rechtmässigkeit der Amtsausübung: Erörterung einzelner Beispiele.

<u>1. Abschnitt: Zuständigkeitsmängel einer staatlichen Anordnung (Massnahme).</u>	64
§ 41) Die Bedeutung der Zuständigkeitsnormen.	64
§ 42) Die Auswirkung von Zuständigkeitsmängeln.	66
<u>2. Abschnitt: Mängel in der Besetzung der anordnenden Instanz. § 43.</u>	70
<u>3. Abschnitt: Verfahrensmängel. § 44.</u>	72
<u>4. Abschnitt: Formfehler einer staatlichen Massnahme (Anordnung).</u>	73
§ 45) Bei einem Befehl im engeren Sinne.	73
§ 46) Bei der Vollstreckung eines Verwaltungsakts.	73
§ 47) Insbesondere Verstösse gegen die Leistungsgesetze.	77
<u>5. Abschnitt: Absolute rechtliche Unmöglichkeit einer staatlichen Massnahme. § 48.</u>	79
<u>6. Abschnitt: Rechtswidrigkeit einer staatlichen Massnahme (Anordnung) auf Grund von Tatsachen des konkreten Falles.</u>	80
§ 49) Allgemeines über den Irrtum einer staatlichen Instanz über das Vorliegen gesetzlicher Tatbestands-	

merkmale. Auswirkung dieses Irrtums auf die Wirksamkeit der entsprechenden Massnahme (Anordnung).	80
§ 50) Der Irrtum des Untergebenen (Vollstreckungsbeamten).	82
§ 51) Willkür und Sittenwidrigkeit.	83
§ 52) Fehlerhaftes Ermessen.	84
§ 53) Unverständlichkeit, Unbestimmtheit und Unvollständigkeit. Unmöglichkeit und subjektives Unvermögen des Betroffenen.	85
Zusammenfassung.	

IV. Teil

Rechtmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Verbindlichkeit von Massnahmen (Befehlen) militärischer Organe (Vorgesetzter) in Kriegs- und Friedenszeiten.

<u>1. Abschnitt:</u> Massnahmen der "bewaffneten Macht" in Friedenszeiten. § 54.	88
<u>2. Abschnitt:</u> Massnahmen der "bewaffneten Macht" (vor allem des Heeres) in Kriegszeiten: Einzelne Beispiele und allgemeine Grundsätze.	89
§ 55) Einzelne mögliche Beispiele.	89
§ 56) Allgemeine Erwägungen.	91
<u>3. Abschnitt:</u> Erörterung der einzelnen Beispiele.	92
§ 57) Beispiele 1, 2 und 3.	92
§ 58) Der Grundsatz der "anerkannten militärischen Notwendigkeiten".	94
§ 59) Erörterung von Beispiel 4.	96
§ 60) Erörterung von Beispiel 5.	97
§ 61) Erörterung der Beispiele 6, 7, 8 und 9.	
§ 62) Erörterung von Beispiel 10. Das militärische Standgerichtsverfahren.	101
Schlussbemerkung.	104

Lebenslauf des Verfassers.	105
----------------------------	-----

Literaturverzeichnis:

- Bauch Botho und Kühne
Hans-Jürgen Bundesleistungsgesetz, Erläuterte
Textausgabe, Stuttgart 1957.
- Baumbach Adolf und
Lauterbach Wolfgang Komm. zur Zivilprozessordnung,
München und Berlin (1958, 25. Aufl.)
- Berner Georg Bayerisches Polizeiaufgabengesetz,
Textausgabe mit Anmerkungen, München
1956 (zitiert: Berner PAG)
- Dörken Georg und Scherer
Werner Das Militärstrafgesetzbuch und die
Kriegssonderstrafrechtsverordnung,
4. Aufl., Berlin 1943.
- Drews Bill und Wacke
Gerhard Allgemeines Polizeirecht, 6. Aufl.,
Berlin-Köln-München 1952.
- Ebermayer Ludwig, Lobe Adolf (Sog. "Leipziger") Komm. zum STGB,
u. Rosenberg Werner u.a. 7. Aufl., Berlin 1954 (zitiert:
Leipzig).
- Forsthoff Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Erster Band: Allgemeiner Teil,
5. Aufl., München und Berlin 1955.
- Frank Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deut-
sche Reich, Komm., 18. Aufl.,
Tübingen 1931.
- von Hausen Bundesleistungsgesetz, mit ausführ-
lichen Erläuterungen, München 1957.
- Held Kurt Der Widerstand gegen die Staatsge-
walt, Breslau 1933.
- Jahrreiss Hermann Mensch und Staat, Köln-Berlin 1957.
- Jellinek Georg Allgemeine Staatslehre, 7. Neudruck
der 3. Aufl., Darmstadt 1960.
- Jellinek Walter Der fehlerhafte Staatsakt und seine
Wirkungen, Tübingen 1908.
- Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Offen-
burg 1948.
- Kelsen Hans Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,
2. Aufl., Tübingen 1923.

von Kirchenheim

Kohlrausch Eduard und

Lange Richard

Lent Friedrich

Maunz Theodor

Maurach Reinhart

Mayer Franz

Mezger Edmund

Olshausen Justus

Plog Ernst und Wiedow
Alexander

Ramm Harry

Schlempp Hans und Lange
Otto

Schönfeld Walter

Schönke Adolf und
Schröder Horst

Schwarz Otto

Die Strafbarkeit des Widerstandes gegen den in dienstpflichtigem Gehorsam rechtswidrige Anordnungen seiner vorgesetzten Behörde vollstreckenden Unterbeamten (GS Band 30, S. 172-206).

Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 41. Aufl., Berlin 1956.

Zivilprozessrecht, Ein Studienbuch, 6. Aufl., München und Berlin 1955.

Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 4. Aufl., München und Berlin 1955.

Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Karlsruhe 1954, 2. Aufl. 1958; und Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1959 (zitiert: Maurach I und II); die 2. Aufl. des Allgemeinen Teils wird nicht nach Seitenzahlen, sondern nach Paragraphen zitiert.)

Bayerisches Polizei- und Sicherheitsrecht, München 1959.

Strafrecht, Ein Studienbuch, II. (Bes.) Teil, München und Berlin 1958.

Komm. zum STGB, 8. Aufl., Berlin 1909.

Komm. zum BBG (Loseblattkomm.), Bonn 1958.

Der rechtswidrige verbindliche Befehl (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Band 58 (1939), S. 363-404)

Erläuterungen zum RLG, Berlin 1942.

Zur Frage des Widerstandsrechts, Ein Gespräch, Stuttgart (Köln) 1955.

Komm. zum STGB, 9. Aufl., München und Berlin 1959.

Komm. zum STGB., 20. Aufl., München und Berlin 1957.

<u>Stratenwerth</u> Günter	Verantwortung und Gehorsam, Tübingen 1958.
<u>Wolff</u> Hans J.	Verwaltungsrecht I, Ein Studienbuch, München und Berlin 1956.

Abkürzungsverzeichnis:

Abs.	= Absatz
AO	= (Reichs)abgabenordnung vom 22.5.1931 (RGBl. I, S. 161) mit den seitdem erfolgten Änderungen.
arg.	= Argumentum aus ...
Aufl.	= Auflage
BayBG	= Bayerisches Beamtengesetz vom 18.7.1960 (GVBl. S. 161, bereinigte Sammlung S. 203).
BayBS (I)	= Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts Band I usw.
BayGO	= Bayerische Gemeindeordnung vom 25.1.1952 (BayBS I S. 461, ber. GVBl. 1958 S. 100).
BBG	= Bundesbeamtengesetz in der Fassung vom 18. Sept. 1957, mit den inzwischen ergangenen Änderungen.
BDO	= Bundesdisziplinarordnung vom 28.11.1952 (BGBI. I S. 761) mit den inzwischen ergangenen Änderungen.
BGH (E,St.)	= (Entscheidungen des) Bundesgerichtshof (s) (in Strafsachen), (amtliche Sammlung).
BGrenzschutzG	= Gesetz über den Bundesgrenzschutz und die Einrichtung von Bundesgrenzschutzbehörden vom 16.3.1951 (BGBI. I S. 201).
BLG	= Bundesleistungsgesetz vom 19.10.1956 (BGBI. I, S. 815).
BRHG	= Gesetz über Errichtung und Aufgaben des Bundesrechnungshofes vom 27.11.1950 (BGBI. S. 765).
BV	= Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.1946 (BayBS I S. 3).
BVG (E)	= (Entscheidungen des) Bundesverfassungsgericht(s)
BVGg	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951 (BGBI. I S. 243).
DV	= Deutsches Verwaltungsblatt
d.dort.zit.Lit.	= die dort zitierte Literatur

FlüNotLeistG	= Sog. Flüchtlingsnotleistungsgesetz vom 9.3.1953 (BGBl. I S. 45).
GG	= (Bonner) Grundgesetz vom 23.5.1949 (BGBl. 1).
GS	= Zeitschrift "Der Gerichtssaal" (Band und Seite)
GVBl.	= Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
h.L.	= herrschende Lehre
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
Komm.	= Kommentar
LeipzZ	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des BGH. seit 1951.
MStGB (RMStGB)	= Militärstrafgesetzbuch, im Besonderen: das des Deutschen Reichs vom 20.6.1872 (RGBl. S. 174), geändert vor allem durch Gesetz vom 16.7.1935 (RGBl. I S. 1021) und Verordnung vom 10.10.1940 (RGBl. I S. 1347).
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (seit Oktober 1947).
OLG (E)	= (Entscheidung des) Oberlandesgerichts ...
PAG	= Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern vom 16.10.1954 (BayBS I S. 442).
POG	= Gesetz über die Organisation der Polizei in Bayern vom 20.10.1954 (BayBS I S. 450).
ProVG	= Entscheidungen des Preussischen Oberverwaltungsgerichts.
PStGB	= Polizeistrafgesetzbuch für Bayern vom 26.12.1871 (BayBS I S. 341) in der derzeit geltenden Fassung
RG (E, St.)	= (Entscheidungen des) Reichsgerichts (in Strafsachen) (amtliche Sammlung).
RG Recht	= Entscheidungen des RG in der Sammlung "Das Recht" (=Juristisches Zentralblatt für Praktiker), (Jahrgang und Seite).
RLG	= Reichsleistungsgesetz vom 1.9.1939 (RGBl. S. 1645)
RMG	= Reichsmilitärgericht
Rspr. (st.)	= Rechtssprechung (ständige Rspr.)
Sold G	= Soldatengesetz (Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten)vom 19.3.1956 (BGBl. I S. 114) mit den inzwischen ergangenen Änderungen.

StGB-Entwurf	= Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1960) mit Begründung.
VorgVO	= Verordnung über die Regelung des militärischen Vorgesetztenverhältnisses vom 4.6.1956 (BGBl. I, S. 459).
VwVG	= Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz vom 27.4.1953 (BGBl. I S. 157).
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17).
WBG	= Wohnraumbewirtschaftungsgesetz vom 23.6.1960 (= neue Fassung in BGBl. I S. 389 und 418).
WRV	= Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919 (RGBl. S. 1383) mit den späteren Änderungen.
WStG	= Wehrstrafgesetz vom 30.3.1957 (BGBl. I S. 298).

Im übrigen sind (vor allem auch für die bekanntesten Gesetze) die allgemein üblichen Abkürzungen verwendet worden.

§ 113 bedeutet stets § 113 des Strafgesetzbuches.

I. Teil

=====

1. Abschnitt: Einleitung und Problemstellung.

§ 1) Eine Anordnung in dem hier zu behandelnden Sinne, insbes.
ein Befehl ist eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten,
die ein Vorgesetzter (= eine Person, der eine derartige Anweisungs-
befugnis zukommt) einem Untergebenen (= eine rangmässig niedriger
stehende, einem Vorgesetzten zum Gehorsam verpflichtete Person)
in einer bestimmten Form und mit dem Anspruch auf Gehorsam er-
teilt (Vgl. die §§ 2 Ziff. 2 WStG und 1 IV 1 SoldG).

Das Handeln auf Grund einer solchen Anweisung ist im Strafrecht
- und nicht nur dort - an verschiedenen Stellen Gegenstand rechts-
dogmatischer und rechtspolitischer Auseinandersetzungen (gewesen).
So hat vor allem in den Jahren nach dem Ende des letzten Krieges
die Frage eine Rolle gespielt, wie das Handeln auf Grund eines
rechtswidrigen verbindlichen oder auch unverbindlichen Befehls,
das objektiv eine strafbare Handlung darstellte, strafrechtlich
zu beurteilen ist, ob etwa die Rechtswidrigkeit der Tat oder die
Tatverantwortung des Täters ausgeschlossen sein kann.

Das Hauptproblem dieser Untersuchung hat ebenfalls seinen Ur-
sprung in einem durch eine Anordnung veranlassten Handeln. Hier
jedoch ist die Beschaffenheit der Anordnung nicht relevant für
die Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des diese
Anordnung ausführenden "Befehls"adressaten, sondern für die Beur-
teilung der Strafbarkeit einer dritten Person, die sich gegen den
befehlsgemäss Handelnden und damit gegen das befohlene Handeln
wendet.¹⁾

Nach § 113 StGB macht sich eine Person strafbar, wenn sie einer
konkreten Ausübung der Staatsgewalt Widerstand entgegensetzt und
diese Ausübung rechtmässig gewesen ist. Hier ist zu untersuchen,
ob - und bejahendenfalls in welcher Weise und welchem Umfang -
die Beschaffenheit einer Anordnung von Einfluss sein kann auf die
Beurteilung des Begriffes der "Rechtmässigkeit der Amtsausübung"
in § 113. Die Untersuchung hat sich demnach nur auf rechtswidrige

1) Diese Person wird im Folgenden stets "der Betroffene" ge-
nannt werden.

Anordnungen zu erstrecken (wobei rechtswidrig bedeuten soll: gegen irgendeine Rechtsvorschrift verstossend), denn nur diese könnten geeignet sein, die Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 zu beeinflussen. Die durch eine rechtmässige (d.h. mit Gesetz und Recht völlig übereinstimmende) Anordnung bewirkte Amtsausübung ist stets rechtmässig, wenn sie nicht selbst (als solche) etwa durch die Art und Weise ihrer Durchführung einen Mangel aufweist. Letzterer Sachverhalt ist aber hier nicht zu erörtern: Es müssen lediglich die von Rechtslehre und Rspr. für diesen praktischen Hauptfall des § 113 entwickelten Grundsätze zur Lösung vorliegenden speziellen Problems herangezogen werden.

Ausser Betracht zu bleiben hat auch die unverbindliche Anordnung. Denn in einem demokratischen Staatswesen beruht jede staatliche Massnahme, also auch die von einem Staatsorgan ausgehende Anordnung, auf dem Staatswillen. Dies ist der Wille des Gesamtvolkes, bzw. seiner überwiegenden Mehrheit (Vgl. Art. 42 II 1 GG). Die staatlichen Organe repräsentieren diesen Willen und führen ihn aus, wenn sie eine staatliche Massnahme einleiten (Vgl. Art. 20 I und II GG). Das Beruhen auf diesem in den Gesetzen zum Ausdruck kommenden staatlichen Willen ist die minimalste "Rechtfertigung" einer staatlichen Massnahme, und der Grund für ihre Wirksamkeit (Verbindlichkeit). Unverbindliche staatliche Massnahmen beruhen nicht auf dem Staatswillen. Für sie besteht daher nicht einmal ein Mindestmass an "Rechtfertigung". Sie sind unwirksam.²⁾ Ihre Vollstreckung ist daher eine rechtswidrige Amtsausübung im Sinne von § 113.

Eine rechtmässige unverbindliche Anordnung ist sowieso nicht denkbar. Denn ist eine Anordnung als solche rechtmässig und sind im Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem die formellen Voraussetzungen für die Erteilung der Anordnung gegeben, so ist diese Anordnung auch verbindlich. Dagegen ist hier zu untersuchen, ob eine rechtswidrige Anordnung stets unverbindlich ist, oder ob auch verbindliche rechtswidrige Anordnungen möglich sind und wann eine rechtswidrige Anordnung (un)verbindlich ist. Dabei ist zunächst darzulegen, wann die Anordnung eines staatlichen Organs rechtswidrig ist. Daran wird sich die Betrachtung anschliessen müssen, wann von Wirksamkeit (Verbindlichkeit) einer

2) Ihnen könnte lediglich u.U. aus dem Gesichtspunkt des Ordnungswertes Wirksamkeit (Bedeutung) zugebilligt werden. Vgl. dazu unten S. 30, etwa die Ausführungen von Stratenwerth S. 106, 123 ff., 136 f., 145 f., 154 und 162 f.

solchen Anordnung gesprochen werden kann. Dazu wird es erforderlich sein, die Gründe der Wirksamkeit staatlicher Massnahmen aufzuzeigen. Erst aus den dabei gefundenen Ergebnissen wird sich feststellen lassen, ob etwa ein Zusammenhang zwischen Wirksamkeit (Verbindlichkeit) und Rechtmässigkeit bzw. Unwirksamkeit und Rechtswidrigkeit eines staatlichen Aktes besteht, m.a.W. welche Auswirkungen die Verbindlichkeit eines solchen Akts auf die Beurteilung seiner Rechtswidrigkeit und umgekehrt haben kann. Im Hinblick auf § 113 und vorliegendes Hauptproblem ergibt sich also folgende Fragestellung:

Kann oder muss eine von einem staatlichen Organ (Vorgesetzter, Verwaltungsbehörde) ausgehende rechtswidrige Anordnung (stets) zur Folge haben, dass die Ausführung dieser Anordnung durch den Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) eine rechtswidrige Amtsausübung im Sinne des § 113 darstellt? Kann oder muss die Verbindlichkeit einer solchen Anordnung für den gehorsampflichtigen Untergebenen zur Folge haben, dass die Ausführung der Anordnung im Verhältnis zum Betroffenen als eine rechtmässige Amtsausübung im Sinne des § 113 angesehen werden kann? Warum könnte die Verbindlichkeit für den Untergebenen eine derartige Wirkung haben? Könnte die Verbindlichkeit diese Wirkung stets oder nur innerhalb gewisser Grenzen haben? Welches wären diese Grenzen?

§ 2) Diese Fragen zeigen, dass hier nicht nur der Fall erörtert werden soll, in welchem ein Vorgesetzter zur Regelung einer konkreten Situation aus eigener Initiative eine rechtmässige Anordnung an einen Untergebenen erteilt (wo also der Vorgesetzte nicht nur anordnet, dass gehandelt werden soll, sondern auch, was zu geschehen hat, wo er demnach auch Zweck und Inhalt der Anordnung selbst bestimmt). Mindestens ebenso häufig ist noch ein anderer Sachverhalt: Der Erlass eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes durch eine Verwaltungsbehörde, der vollstreckt werden soll. In einem weiteren Sinne ist dieser Verwaltungsakt als eine rechtswidrige Anordnung der Behörde an ihre Vollstreckungsorgane aufzufassen. Im Zuge dieser Vollstreckungsmassnahmen aber werden auch direkte Befehle erteilt, etwa von den Beamten der Vollstreckungsbehörden (z.B. der Polizei, vgl. Art. 1/2 PAG) an ihre Untergebenen. Die Auswirkung der Rechtswidrigkeit des zu vollstreckenden Verwaltungsakts auf die Rechtmässigkeit und Verbindlichkeit der Vollstreckungsmassnahmen ist zu untersuchen.

Dabei ist zu beachten, dass im Vollstreckungsverfahren erteilte Anordnungen an sich rechtmässig sind - soweit sie nicht selbst einen eigenen relevanten Mangel aufweisen - aber inhaltlich mit dem zu vollstreckenden rechtswidrigen Verwaltungsakt übereinstimmen, seinen Inhalt gleichsam übernehmen, so dass sie aus diesem Grunde rechtswidrig und unverbindlich sein könnten. Die Einbeziehung des letztgenannten Sachverhalts in vorliegende Untersuchung ist zulässig, weil in einem geordneten Staatswesen und in normalen Friedenszeiten alle einschneidenden staatlichen Massnahmen von den Verwaltungsbehörden ausgehen und nicht von den Vollzugsbehörden. Die Polizei z.B. ist nur in dringenden Fällen aus eigener Initiative zum Eingreifen berechtigt und auch dann meist nur zu vorläufigen Massnahmen ermächtigt (Vgl. Art./7 PAG). Überdies ist eine systematische im Zusammenhang mit § 113 stehende Behandlung dieses Problems - soweit ersichtlich - noch nirgends erfolgt.

Ein dritter Sachverhalt, die Vollstreckung von rechtswidrigen gerichtlichen Entscheidungen, braucht hier dagegen nicht von Grund auf erörtert zu werden. Er ist zwar von ebenso grosser Bedeutung. Aber hinsichtlich dieses Problems wird - zumindest im Ergebnis - eine nahezu einheitliche Auffassung vertreten: Widerstand gegen die Vollstreckung einer mit einem Mangel behafteten gerichtlichen Entscheidung ist grundsätzlich unzulässig.³⁾

§ 3) Aus dem Wortlaut des § 113 kann eine Lösung der aufgeworfenen Fragen nicht im entferntesten gefunden werden. Auch der StGB-Entwurf bringt keine hier einschlägige Neufassung der Vorschriften über den Widerstand. Eine allgemeingültige, gerechte und praktisch brauchbare Lösung vorliegenden Hauptproblems ist deswegen besonders schwierig, weil es einen Ausschnitt aus dem uralten und umfassenden, stets heftig umstrittenen Problem des Verhältnisses zwischen Staat und Staatsbürger, zwischen Staat und Recht, der Grenzen des Staates und der Staatsgewalt, des Vorrangs der Rechte und Interessen der Gemeinschaft oder des Einzelnen darstellt.⁴⁾ Eine Lösung erscheint daher nicht in erster Linie aus strafrechtlichen, sondern unter Berücksichtigung von staatsrechtlichen, staatsrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und staats-

3) Frank aaO, Anm. IV 1 zu § 113, Schönke-Schröder aaO, Anm. V 5 zu § 113, Stratenwerth S. 131 ff., 134 und d.dort zit.Lit.

4) Stratenwerth S. 2, von Kirchenheim aaO, S. 189.

politischen Gesichtspunkten und unter Abwägung der Bedeutung und des Wertes der hier miteinander kollidierenden Rechte und Interessen möglich.

2. Abschnitt: Zur Geschichte und Rechtsvergleichung.

§ 4) Eine Darstellung der gesamten bisher zu vorliegenden Problemen vertretenen Auffassungen, die u.a. in positiven Gesetzesvorschriften, in den Systemen der Philosophen und den Lehren der Staatsrechtstheoretiker zum Ausdruck gelangten, erscheint hier unangebracht: Einmal würde sie den Rahmen der Untersuchung völlig sprengen. Überdies nehmen ältere gesetzliche Bestimmungen zum Problem des Widerstandes gegen rechtswidrige staatliche Massnahmen nur grundsätzlich Stellung. Eine Regelung des vorliegenden Problems ist - soweit ersichtlich - positivrechtlich überhaupt noch nirgends erfolgt. Auch die einschlägigen Lehren der Philosophen und Staatsrechtstheoretiker enthalten nur vereinzelte (meist auf ihrer grundsätzlichen individuellen Einstellung zur Erscheinung des Staats beruhende) Hinweise, die zudem wegen ihrer allgemeinen Formulierung meist unbestreitbar sind, den Komplex des vorliegenden Hauptproblems aber nicht zu lösen vermögen. Ebenso verhält es sich beispielsweise auch mit den folgenden Auffassungen:

- a) Die "κηρύγματα" (= Massnahmen, Anordnungen) der staatlichen Obrigkeit seien dann für die Untertanen unverbindlich, wenn sie gegen "ἀγραπτά κ' ἀσφαλή διαρ νόμιμα" (= gegen die ungeschriebenen und feststehenden, wandellosen göttlichen Gesetze) verstossen. ⁵⁾
- b) "Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen". ⁶⁾ Der in diesen beiden Sätzen zum Ausdruck kommende Grundsatz für richtiges sittliches Verhalten des Menschen will vor allem hervorheben, dass in Grenzfällen die Frage, ob eine rechtswidrige staatliche Massnahme durchgeführt oder befolgt werden soll und darf, von der Gewissensentscheidung des Einzelnen als letzter Instanz abhängt. Er ist also für die Lösung des vorliegenden rechtlichen Problems letztlich unbrauchbar.
- c) "Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen, von wem auch immer das Letztere ausgehe". ⁷⁾
-

5) Sophokles, "Antigone", Vers 452-459

6) Neues Testament: Apostelgeschichte 5,29

Irgendwelche konkreten Gesichtspunkte für eine Abgrenzung der Begriffe der rechtmässigen oder rechtswidrigen oder (un)verbindlichen staatlichen Massnahme können aus diesen Sätzen nicht entnommen werden. Dies gilt auch für das römische Recht, obwohl dieses bereits einige feste Grundsätze über das Widerstandsrecht gegen rechtswidrige Massnahmen staatlicher Behörden entwickelt hatte. ⁸⁾ Von Bedeutung ist dabei lediglich, dass auch das römische Recht bereits den Begriff der Vermutung der Rechtmässigkeit staatlicher Akte ("praesumptio legalitatis") kannte. ⁸⁾

§ 5) Auch eine rechtsvergleichende Betrachtung ist von keinem hohen Erkenntniswert. Ebenso wie das deutsche Recht enthalten auch die Rechtsordnungen anderer Staaten keine systematische Regelung des vorliegenden Problems in seinem ganzen Umfang und seiner ganzen Verzweigung, sondern nur vereinzelte Bestimmungen, die sich entweder mit der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Widerstands gegen rechtswidrig ausgeübte Staatsgewalt befassen oder (häufiger) mit dem Problem der Verbindlichkeit einer rechtswidrigen Anordnung eines staatlichen Organs für seine Untergebenen oder Vollstreckungsbeamten oder der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Untergebenen und Vollstreckungsbeamten, die eine solche Anordnung ausführen. Aus diesen Bestimmungen kann dann direkt für vorliegendes Problem nichts entnommen werden. Denn eindeutige Rückschlüsse von den Vorschriften über die strafrechtliche Verantwortung eines Untergebenen für die Durchführung eines rechtswidrigen Befehls auf die Grenzen der Gehorsamspflicht bei rechtswidrigen staatlichen Anordnungen und umgekehrt sind nicht möglich. ⁹⁾ Dies gilt dann erst recht für die Frage der Zulässigkeit eines Widerstandes gegen die Durchführung dieser Anordnungen. Ob hierfür von Rechtslehre und Rspr. der fremden Staaten über deren positive Vorschriften hinaus feststehende

7) Auffassung des germanischen und älteren deutschen Rechts.

Vgl. den Hinweis bei von Kirchenheim aaO, S. 177 auf eine entsprechende Vorschrift des Sachsenspiegels.

8) Vgl. die kurzen Hinweise bei von Kirchenheim aaO, S. 175 f.

9) Vgl. die Ausführungen bei Stratenwerth, S. 25.

Grundsätze entwickelt worden sind, kann im Rahmen der vorliegenden Dissertation nicht verfolgt werden. Es mögen folgende Hinweise genügen: In den verschiedensten Rechtsordnungen taucht bei der Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit oder Gehorsampflicht eine rechtswidrige Anordnung ausführenden Untergebenen immer wieder ein Gesichtspunkt auf, der deswegen über das spezielle Problem hinaus von grundsätzlicher Bedeutung zu sein scheint: In der überwiegenden Zahl aller Rechtsordnungen herrscht keine unbeschränkte, sondern nur eine grundsätzliche Gehorsampflicht staatlicher Beamter gegenüber ihren Vorgesetzten. Die Gehorsampflicht endet dann, wenn die Rechtswidrigkeit der von einem staatlichen Organ ausgehenden Anordnung derart grob und eindeutig ist (insbes. wenn ihre Durchführung ein kriminelles Unrecht darstellen würde), dass der Untergebene sie erkennt oder wegen ihrer Schwere und Offensichtlichkeit (d.h. aber leichteren Erkennbarkeit) erkennen muss. Der Maßstab der Schwere, Offensichtlichkeit und Erkennbarkeit hat u.a. in folgenden Rechtsordnungen Niederschlag gefunden:

- 1) Oesterreich: § 560 Ziff. b des Strafgesetzes von 1852 (neu bekanntgemacht 1945.) bestimmt für den militärischen Untergebenen: "Die Nichtbefolgung eines Befehls kann dem Untergebenen als Subordinationsverletzung nicht zugerechnet werden, wenn der Befehl eine Handlung oder Unterlassung zum Gegenstande hat, in der offenbar eine strafbare Handlung zu erkennen ist."
- 2) Schweiz: Nach Art. 18 II des MStGB von 1927 ist ein Untergebener strafbar, wenn er sich bewusst war, dass die Befolgung eines Befehls zu einer Mitwirkung an einem Verbrechen oder Vergehen führen würde. Entsprechend Art. 35 des Schweiz. Dienstreglements von 1932 (neugefasst 1954): Die militärische Gehorsampflicht entfällt, "wenn der Befehl die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens fordert."
- 3) Italien: Nach Art. 40 des MStGB von 1941 ist der Untergebene verantwortlich, wenn die Ausführung des Befehls offensichtlich ("manifestamente") eine strafbare Handlung bildet.
- 4) Das französische (Art. 327 des Code Pénal), belgische (Art. 70 des Code Pénal Belge von 1867) und luxemburgische (Art. 70 des Code Pénal von 1879) Recht enthalten keine ausdrückliche Regelung für den rechtswidrigen Befehl. Die in diesen Staaten herrschende Lehre und Rspr. zu den genannten Vorschriften vertritt jedoch den Standpunkt, dass der Untergebene strafrechtlich nicht

verantwortlich ist, wenn die Rechtswidrigkeit des Befehls nicht offensichtlich ist, also der Befehl durch die Vermutung der Rechtmässigkeit gedeckt wird.¹⁰⁾

5) Spanien: Nach Art. 369 II und III des Código Penal in der Fassung von 1944 entfällt die Gehorsampflicht eines Beamten, bzw. bleibt seine Gehorsamsverweigerung straflos, wenn der ihm erteilte Befehl (Auftrag) offensichtlich ("manifiesta") rechtswidrig ist.

6) England: Das Handbuch des Militärrechts (Manual of Military Law), das allerdings nur der Instruktion dient und keine Gesetzeskraft hat, bestimmt in Kap. III Art. 13, dass die Gehorsampflicht eines Untergebenen bei offensichtlich rechtswidrigen Befehlen entfällt. Nach Kap. VIII Art. 60 bleibt auch die Strafbarkeit des Untergebenen bei Ausführung solcher Befehle bestehen.

7) Dänemark: Nach § 12 des MStGB von 1937 wird der Untergebene bestraft, wenn ihm bekannt war, dass mit dem Befehl eine rechtswidrige Handlung beabsichtigt war, oder wenn dies ohne weiteres einleuchtend war.

8) Norwegen: Nach § 24 des MStGB von 1902 ist ein befehlsgemäss handelnder Untergebener straffrei, ausser wenn er erkannt hat oder klar erkennen musste, dass er "durch die Ausführung des Befehls an einer rechtswidrigen Handlung mitwirkte".

9) Schweden: Nach § 1 des im Jahre 1948 neu eingeführten 26. Kapitels des StGB entfällt eine Bestrafung eines Untergebenen wegen Ungehorsams nur, wenn klar ersichtlich ist, dass der Befehl nicht den Dienst betrifft.

10) Finnland: Nach h.L. ist ein befehlsgemäss handelnder militärischer Untergebener nach dem MStGB von 1919 nur dann strafbar, "wenn er offenbar begriffen hat, dass er durch die Ausführung des Befehls gegen das Gesetz oder gegen seine Dienstpflichten verstossen würde."¹¹⁾

11) Auch im sowjetischen Recht gilt (galt) der Grundsatz der durch die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit des Befehls beschränkten Gehorsampflicht. Nach den Bestimmungen der früheren (für das militärische Unterordnungsverhältnis geltenden) Disziplinarordnungen von 1919 bzw. 1925 durfte der Gehorsam bei Befehlen verweigert werden, die "ihrer Eigenart nach (offen-

10) Entnommen von Stratenwert, S. 31/32; Vgl. d.dort zit.Lit.

11) Stratenwerth, S. 33.

12) Stratenwerth, S. 33/34 und d. dort zit. Lit.

sichtlich) verbrecherisch waren. Nach der derzeit geltenden Disziplinarordnung der Streitkräfte der UdSSR (Ziff. 6) ist dagegen (jeder) Befehl eines Vorgesetzten "vorbehaltlos, genau und unverzüglich auszuführen." Nach den Darstellungen von Maurach aber ist ein militärischer Untergebener auch heute noch als Teilnehmer strafbar, wenn der von ihm ausgeführte Befehl offenbar verbrecherischen Charakter hat, also ohne weitere Überlegungen als selbstverständlich kriminell erkennbar wird.¹²⁾

12) Jugoslawien: Nach Art. 362 des StGB von 1951 ist der befehlsmässig handelnde militärische Untergebene straflos, ausser wenn der Befehl "auf Begehung eines Kriegsverbrechens oder einer anderen schweren strafbaren Handlung gerichtet war, oder wenn der Untergebene gewusst hat, dass er durch die Befolgung eines derartigen Befehls eine strafbare Handlung begeht."

13) Bulgarien: Nach Art. 10 des StGB von 1951 ist eine Handlung nicht schuldhaft, "wenn sie in Ausführung eines rechtswidrigen Dienstbefehls begangen wird, der ... nicht offensichtlich die Begehung einer Straftat forderte."

14) Griechenland: Nach Art. 45 des Beamtengesetzes von 1951 (Beamtengesetz) endet die Gehorsamspflicht grundsätzlich bei Befehlen, die offensichtlich rechtswidrig ("πρόδηλος παρά-νομος ") sind.

15) USA: Hier haben sich einheitliche Grundsätze noch nicht herausgebildet. Nach Vorschrift Nr. 500 des amerikanischen Field Manual von 1956 kann sich ein Untergebener auf einen rechtswidrigen Dienstbefehl nicht berufen, "wenn er wusste oder von ihm vernünftigerweise die Erkenntnis erwartet werden konnte, dass die ihm aufgetragene Massnahme rechtswidrig ist."¹³⁾ Auch in den Entscheidungen amerikanischer Gerichte tauchen Formulierungen auf wie folgt: Grundsätzlich ist ein militärischer Untergebener zum Gehorsam gegenüber einem Befehl seines Vorgesetzten verpflichtet, wenn dieser Befehl nicht deutlich und klar den Stempel der Rechtswidrigkeit trägt ("which does not expressly and clearly show on its face its own illegality") = Urteil In re Fair). In der Entscheidung McCall v. McDowell heisst es: Eine Entschuldigung des Untergebenen kann dann nicht eintreten, wenn die Rechtswidrigkeit des Befehls auf den ersten Blick für jeden durchschnittlich veranlagten Menschen erkennbar und offenbar ist

13) Stratenwerth, S. 36

14) Stratenwerth, S. 37

("where, at first blush, it is apparent and palpable to the commonest understanding that the order is illegal").¹⁴⁾

16) Brasilien: Nach Art. 18 des StGB von 1940 und ebenso nach Art. 28 des MStGB von 1944 wird ein (militärischer) Untergebener für die Ausführung eines Befehls bestraft, wenn dieser offensichtlich rechtswidrig bzw. offensichtlich verbrecherisch war ("manifestamente ilegal, manifestamente criminoso").

17) Paraguay: Nach Art. 21 des StGB ist ein Untergebener strafrechtlich verantwortlich, wenn er leicht einsehen konnte ("facilmente penetrarse"), dass es sich bei dem befohlenen Verhalten um eine Straftat handelte.¹⁵⁾

Diese Hinweise wurden den entsprechenden Ausführungen Stratenwerths¹⁶⁾ entnommen. Entscheidend ist dabei die Erkenntnis, dass der Gedanke der Offensichtlichkeit und Erkennbarkeit, weil er in den verschiedensten sonst noch so unterschiedlichen Rechtsordnungen auftaucht, in der Natur der Sache selbst zu liegen scheint und ihm daher grundsätzliche Bedeutung zukommen dürfte. Dies wird unten noch zu untersuchen sein.

15) Stratenwerth, S. 38

16) Stratenwerth, S. 29 bis 38.

II. Teil

=====

1. Abschnitt: Die Rechtswidrigkeit einer Anordnung.

§ 6) Eine Anordnung kann rechtswidrig sein, weil sie gegen objektive Rechtsvorschriften (das sog. "positive" Recht) oder gegen überpositives Recht (z.B. die Grundsätze des Völkerrechts, "vorstaatliche" Rechtsnormen, "Naturrecht" oder wie man es auch immer nennen mag) verstösst. Dass auch ein Verstoss der letzteren Art relevant sein könnte, ergibt sich aus Art. 20 III GG, der bestimmt, dass die vollziehende Gewalt (das ist in unserem Falle die anordnende Person oder Behörde) "an Gesetz und Recht" gebunden ist. Für vorliegendes Problem kann aber ein Verstoss einer Anordnung gegen Gesetz oder Recht nur dann von Bedeutung sein, wenn die Vorschrift oder der Grundsatz, gegen die verstossen wird, Aussenwirkung entfalten können, wenn also der Verstoss die Rechtsstellung des Betroffenen überhaupt zu beeinträchtigen vermag. Das ist z.B. nicht der Fall bei rein internen Verwaltungsvorschriften, die den internen Aufbau und das interne Verfahren einer Behörde regeln sollen, da deren Verletzung einem aussenstehenden Staatsbürger weder Vor- noch Nachteile bringen kann. ¹⁾ Von Rechtswidrigkeit in dem für § 113 massgebenden Sinne und Umfang kann nur in folgenden Fällen gesprochen werden:

§ 7) Verstösse gegen objektives Recht:

1) Fehlen der sachlichen Zuständigkeit. Dies ist dann der Fall, "wenn eine Behörde (bzw. ein einzelner Beamter - Vorgesetzter) ²⁾ eine Amtshandlung vornimmt, deren Vornahme einer andersartigen Behörde (bzw. einem Einzelbeamten eines andersartigen staatlichen Organs) ²⁾ der Verwaltung der Justiz vorbehalten ist", ³⁾ wenn also etwa die Behörde ⁴⁾ eines Ressorts an Stelle der Behörde eines anderen an sich zuständigen Ressorts handelt. ³⁾

1) Vgl. auch Wolff aaO, S. 217 ff., der bei fehlerhaften Verwaltungsakten zwischen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit und Unrichtigkeit unterscheidet und in Übereinstimmung mit der h.L. nur den beiden ersten Fehlerarten einen Einfluss auf die Wirksamkeit des Verwaltungsakts einräumt. 2) Klammern hinzugefügt. 3) z.B. Landrat an Stelle des Finanzamts, vgl. Forsthoff aaO, S. 191.

4) Wenn im Folgenden von Amtshandlung, Massnahme oder Anordnung

- 2) Fehlen der funktionellen Zuständigkeit. Hier handelt eine Behörde, die innerhalb des konkreten Instanzenzuges oder Verfahrensabschnitts (noch) nicht oder nicht mehr zuständig ist, z.B. die niedere Behörde an Stelle der höheren oder eine reine Aufsichtsbehörde an Stelle der sachlich zuständigen Behörde. ⁵⁾
- 3) Fehlen der örtlichen Zuständigkeit. Dies ist der Fall, "wenn eine Behörde in den örtlichen Dienstbereich einer anderen, aber gleichartigen Behörde eingreift, indem sie die Grenzen des eigenen Dienstbereichs überschreitet". ⁷⁾ Hier ist aber zu beachten, dass auch bei grundsätzlicher örtlicher Unzuständigkeit im konkreten Fall die örtliche Zuständigkeit vorhanden sein kann, so etwa bei Notstandsfällen. ⁸⁾
- 4) Mängel in der Bestellung oder Besetzung der anordnenden Behörde (Instanz): Amterschleichung oder mangelhaftes Verfahren bei der Ernennung des einzelnen anordnenden Beamten, vorläufige allgemeine Verhinderung dieses Beamten an der Dienstaussübung (etwa wegen Suspendierung vom Dienst), im konkreten Fall bestehende Verhinderung (etwa wegen persönlicher Beteiligung oder Befangenheit, vgl. z.B. die §§ 22-24 StPO und 41/42 ZPO). Diese Mängel können auch bei dem einzelnen Mitglied eines (notwendigen) Kollegialorgans vorliegen und damit die Entscheidung des Kollegiums zu einer fehlerhaften machen. Hier kommt auch noch ein quantitativer Mangel als Fehlerquelle in Betracht, nämlich die zahlenmäßig ungenügende Besetzung des Kollegiums (Fehlen der gesetzlich vorgeschriebenen Mitgliederzahl).
- 5) Verfahrensmängel. Diese sind vor allem beim Zustandekommen eines Verwaltungsakts zu beachten: Vorenthaltung des rechtlichen Gehörs des durch diesen Verwaltungsakt Betroffenen oder unterbliebene Mitwirkung (Anhörung, Zustimmung, Genehmigung) einer anderen Behörde.
- 6) Formfehler. Eine Anordnung oder ein Verwaltungsakt ermangelt der nötigen Form: Bei unklarer oder falscher Formulierung, Fehlen der Unterschrift, des Dienstsiegels, der Begründung, bei Fehlen oder Mangelhaftigkeit der Kundmachung (Bekanntgabe, Verkündung, Zustellung).

In Ziff. 1-6 wurden die möglichen relevanten Fehler beim Zustande-

einer Behörde die Rede ist, so ist auch stets die entsprechende Situation bei der Erteilung eines Befehls durch einen einzelnen Vorgesetzten gemeint und umgekehrt. ⁵⁾ z.B. das Landratsamt an Stelle der Regierung, vgl. Forsthoff aaO, S. 191/192. Die funktionelle Unzuständigkeit ist im Grunde genommen ein Fall der „relati-

kommen einer Anordnung oder eines Verwaltungsakts angeführt.

§ 8) Eine Anordnung oder ein Verwaltungsakt können aber auch inhaltliche, materielle Mängel aufweisen. Als solche sind denkbar:

1) Rechtliche Unmöglichkeit: Es fehlt überhaupt an irgendeiner materiellrechtlichen Grundlage für hoheitliches Eingreifen und damit für die Anordnung. ⁹⁾ Oder: Die Anordnung trägt etwas auf, was nach geltendem Recht völlig unzulässig oder ausdrücklich verboten ist, so dass die Durchführung der Anordnung gegen ein allgemein-verbindliches Gesetz (vor allem Strafgesetz) oder gesetzliches Verbot verstossen würde. ¹⁰⁾ Oder: Ein von einem Verwaltungsakt Betroffener ist aus Rechtsgründen verhindert, dem ihm im Verwaltungsakt aufgetragenen Tun nachzukommen. ¹¹⁾

2) Eine Anordnung ist inhaltlich rechtswidrig, weil sie sich auf eine Rechtsnorm stützt, deren Anwendung im konkreten Fall wegen fehlender Tatbestandsmerkmale nicht in Frage kommt. Hierher gehört auch die fehlerhafte Ausfüllung eines Beurteilungsspielraums, d.h. die Entscheidung über das Vorliegen sog. unbestimmter Rechtsbegriffe im konkreten Fall, wie Leichtigkeit des Verkehrs, Gefahr, öffentliche Sicherheit und Ordnung, Bedürfnis, Zuverlässigkeit, Zumutbarkeit, wichtiger Grund usw. Dies ist nämlich keine Ermessensentscheidung, sondern Gesetzesauslegung. ¹²⁾

3) Tatsächliche Unmöglichkeit des aufgetragenen Tuns oder tatsächliches Unvermögen des von der Anordnung der dem Verwaltungsakt Betroffenen zur Durchführung des in der Anordnung usw. aufgetragenen Tuns (= Verstoss gegen den allgemeingültigen Satz: nemo ultra posse obligatur).

4) Wahl des falschen Mittels zur Erreichung eines bestimmten Zweckes durch die anordnende Instanz (= Verstoss gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit aller öffent-

ven" sachlichen Unzuständigkeit. Nur handelt es sich hier um Behörden des selben Ressorts. 7) Forsthoff aaO, S. 189/190.

8) Vgl. etwa die Vorschriften der Art. 91 GG mit Art. 66 PAG, oder die Art. 17, 26 und 35 II POG, vgl. in diesem Zusammenhang auch § 167/I GVG. 9) Wolff aaO, S. 218 nennt das die Fälle der absoluten Gesetzlosigkeit. 10) Vgl. Wolff aaO, S. 220 und Forsthoff aaO, S. 202 und 203 mit den dortigen Erörterungen.

11) Beispiel bei Forsthoff aaO, S. 204.

12) Vgl. darüber die Ausführungen von Forsthoff aaO, S. 70 und von Stratenwerth, S. 172 f.

lichen Massnahmen.

5) Fehlerhafte Ermessensbestätigung: Sie liegt vor

a) bei einem Irrtum über das Vorliegen einer Ermessensbetätigung überhaupt, b) bei irrtümlicher oder bewusster Überschreitung der Grenzen eines grundsätzlich eingeräumten Ermessens, c) bei irrtümlicher oder absichtlicher Nichtbeachtung der erlaubten Motive bei der Ermessensausübung ("Ermessensmissbrauch") ¹³⁾, d) bei Vorliegen von Mängeln in der Würdigung der zu berücksichtigenden Tatsachen. ¹⁴⁾ Dagegen ist eine Ermessensbetätigung nicht fehlerhaft (d.h.u.U. rechtswidrig in dem für § 113 massgebenden Sinne), wenn sie nur unrichtig, d.h. unangemessen und unzweckmässig ist. ¹⁵⁾

§ 9 Verstösse einer Anordnung oder einer anderen staatlichen Massnahme gegen überpositives Recht, die für vorliegendes Hauptproblem von Bedeutung sein könnten, sind in einer rechtsstaatlichen Demokratie an sich gar nicht denkbar. Denn soweit "vorstaatliche" Rechtsgrundsätze in einem solchen Staate allgemein oder von der Mehrheit der Staatsangehörigen anerkannt sind, werden sie auch stets in den Gesetzen konkretisiert sein. So stellt das BVG ¹⁶⁾ für die Bundesrepublik Deutschland (und damit für alle Demokratien "westlicher" Prägung fest: Die Ordnung in der Bundesrepublik ist "Ausdruck der sozialen und politischen Gedankenwelt, die dem gegenwärtig erreichten kulturellen Zustand des deutschen Volkes entspricht. Sie beruht auf einer ungebrochenen Tradition, die - aus älteren Quellen gespeist - von den grossen Staatsphilosophen der Aufklärung über die bürgerliche Revolution zu der liberal-rechtsstaatlichen Entwicklung des 19. und 20. Jahrh. geführt und der sie selbst das Prinzip des Sozialstaates ... hinzugefügt hat. Die sich hieraus ergebenden Wertsetzungen werden von der Übergroben Mehrheit des deutschen Volkes aus voller Überzeugung bejaht." Die wesentlichen Forderungen und Grundsätze des Völkerrechts ¹⁷⁾ u. Naturrechts, die im öffentlichen Leben überhaupt eine Rolle spie-

13) Vgl. Wolff aaO, S. 119/120 und die dortigen Beispiele.

14) ForsthoFF aaO, S. 79/80.

15) Dies ist ein allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts, vgl. z.B. Wolff aaO, S. 225.

16) BVGE, abgedruckt in NJW 1956/S. 1399

17) Vgl. Art. 25 GG.

len könnten, sind demnach in den positiven Gesetzen bereits berücksichtigt.

In totalitären und diktatorischen Staatswesen dagegen verstossen Gesetze und (häufiger) zur Durchführung dieser Gesetze erlassene Massnahmen und Befehle oft gegen völkerrechtliche und "vorstaatliche" Rechtsgrundsätze. Dies galt etwa für die Gesetze des nationalsozialistischen Staates, welche die systematische Vernichtung bestimmter Rassen und Volksteile oder des "lebensunwerten Lebens" bezweckten. Sie verstiessen ebenso wie ihre Ausführungsmassnahmen eindeutig gegen die von allen Kulturvölkern anerkannten Grundsätze der Würde und Unantastbarkeit der menschlichen Person, der Gleichheit aller Völker und Rassen und gegen das Verbot des Rassen- und Völkerhasses. Sie waren daher rechtswidrig. Es steht einem Staate nicht frei, Gesetze beliebigen Inhalts zu erlassen. Er ist an gewisse allgemeine Rechtsprinzipien gebunden. ¹⁸⁾

2. Abschnitt: Mindestvoraussetzungen (der Verbindlichkeit) einer Anordnung.

§ 10) Bei der Erörterung der Verbindlichkeit einer Anordnung ist zunächst festzustellen, welche Mindestanforderungen an eine als Anordnung an einen Untergebenen gedachte Willensäusserung zu stellen sind, damit überhaupt von einer Anordnung gesprochen werden kann. Notwendig hierfür ist jedenfalls das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses: Der Anordnende muss Vorgesetzter des Angewiesenen sein, d.h. diesem auf einen bestimmten Lebensbereich Anordnungen erteilen können. ¹⁹⁾ Selbstverständlich muss die Anordnung eine gewisse Form erfüllen, d.h. mindestens äusserlich in Erscheinung treten und dem Untergebenen als hoheitliche Willensäusserung bewusst werden. Sie muss sich ferner im Rahmen des Unterordnungsverhältnisses halten, d.h. nach dem Sprachgebrauch der einschlägigen Gesetze sich auf die "dienstliche Tätigkeit" beziehen. ²⁰⁾ Der Begriff der "dienstlichen Tätigkeit" kann ein formelles und ein materielles Element beinhalten. Er kann

¹⁸⁾ Darauf wird unten noch zurückzukommen sein. Vgl. hierzu auch BGHSt. 2, 234 (237) und Maurach I S. 239.

¹⁹⁾ Vgl. §§ 3 II 2 und 55 S. 2 BBG, Art. 4 II 2 BayBG, §§ 1 IV und 11 I 1 SoldG und 2 Ziff. 2 WStG, Stratenwerth S. 149 und 154.

²⁰⁾ Vgl. §§ 10 IV und 11 I 3 SoldG, 22 I 1 WstG, Schönke-Schröder aaO, Anm. II 1 und IV 1 zu § 109 b, Stratenwerth S. 16 und 156, RGSt. 58, 110 und 59, 334.

nämlich einmal hervorheben wollen, dass es sich bei einer solchen Tätigkeit stets um eine öffentlich-rechtliche, hoheitliche handelt und dass dabei der Vorgesetzten-eigenschaft des Anordnenden besondere Bedeutung beikommt (so etwa in § 3 II 2 BBG), er kann aber auch einen sachlichen Rahmen darstellen, indem er Art und Umfang des Inhalts einer Anordnung begrenzt und damit gleichzeitig die Anordnungsbefugnis des Vorgesetzten in sachlicher Hinsicht.²¹⁾ Die Begriffe des Vorgesetzten und der dienstlichen Tätigkeit stehen daher in einem engen Zusammenhang.²²⁾ Vorgesetzter ist, wer innerhalb eines konkreten Unterordnungsverhältnisses, also etwa innerhalb einer bestimmten Behörde und im sachlichen Rahmen der dieser Behörde nach aussen hin übertragenen Aufgaben und Befugnisse Weisungen erteilen kann. Ausserhalb des "Dienstes" (das kann örtlich, zeitlich und sachlich verstanden werden) ist der Vorgesetzte nicht mehr weisungsbefugt, sondern zwischen ihm und dem "Untergebenen" besteht dann das normale Gleichordnungsverhältnis wie zwischen allen Staatsbürgern. Wer aber "im Dienst" Vorgesetzter eines Beamten oder Soldaten ist, bestimmt sich nach den für die betreffende Behörde oder das betreffende staatliche Organ, der der Beamte angehört, erlassenen Verwaltungsverordnungen und innerdienstlichen Richtlinien.

§ 11) Eine Ausnahme hiervon galt früher beim militärischen Unterordnungsverhältnis. Hier kam es nicht auf das lokale Unterordnungsverhältnis an (in dem Sinne, dass der Vorgesetzte örtlich zuständig gegenüber dem Untergebenen sein musste, s.o.), sondern auf den Dienstgrad. Der niedere Dienstgrad (z.B. Mannschaftsgrad) war dem höheren (Unteroffizier, Offizier) gehorsamspflichtig, auf das "wann" und "wo" des Befehls kam es nicht an.²³⁾

21) Vgl. Stratenwerth, S. 16

22) Auch die Forderung, dass der Vorgesetzte gegenüber dem Untergebenen örtlich und sachlich zur Erteilung des Befehls zuständig sein muss - so die h.L., z.B. Schönke-Schröder, Anm. V 5 zu § 113, Olshausen, Anm. 13 a und b zu § 113, RG in LeipZ 26/S. 451, Stratenwerth S. 14 - kann nichts Anderes bedeuten, als dass der Vorgesetzte gegenüber dem Untergebenen gerade wegen seiner Vorgesetzten-eigenschaft anordnungsbefugt sein muss und die Anordnung sich auf eine dienstliche Tätigkeit beziehen muss. Auch die VorgVO stellt grundsätzlich auf die "örtliche" Zuständigkeit ab, wenn sie die Vorgesetzten-eigenschaft bestimmt (s. unten S. 16 und Fussnote 24).

23) Vgl. u.a. Stratenwerth, S. 17 und 147.

Dieser Grundsatz ist heute stark eingeschränkt. Der Dienstgrad ist nicht mehr entscheidend (arg. §§ 11 I 1 mit 1 IV 3 SoldG). Wer heute als befehlsmäßig Vorgesetzter gilt, bestimmt die VorgVO. Aus deren Vorschriften ergibt sich aber, dass die Vorgesetzeneigenschaft heute auch beim Soldaten nur durch besondere Vorschriften oder Situationen begründet wird. Die VorgVO stellt dabei vor allem auf eine gewisse der örtlichen Zuständigkeit entsprechende Situation ab.²⁴⁾ Nur in besonderen Notstandsfällen wird dem Dienstgrad Bedeutung beigemessen,²⁵⁾ weil hier rasche Entscheidungen notwendig sind und eben zweckmässigerweise durch den höchsten anwesenden Dienstgrad anzuordnen sind.

3. Abschnitt: Verbindlichkeit einer Anordnung nach h.L. und deren Kritik.

§ 12) Die Begriffe des Vorgesetzten und der dienstlichen Tätigkeit bestimmen den Rahmen, innerhalb dessen verbindliche Anordnungen an Untergebene erteilt werden können. Sie sind die Mindestvoraussetzungen für die Annahme eines wirksamen Befehls. Ob ein Untergebener im konkreten Fall tatsächlich gehorchen muss, d.h. ob der Befehl tatsächlich verbindlich ist, ist damit noch nicht entschieden.²⁶⁾ Nach der herrschenden Lehre und Rspr.²⁷⁾ ist eine Anordnung (ein Befehl) im Rahmen des § 113 dann verbindlich, "wenn der Vorgesetzte örtlich und sachlich zuständig ist und sich der Befehl in den vorgeschriebenen Formen hält."

Dieser Formel müssen grosse Bedenken entgegengebracht werden. Dabei ist zu beachten, dass dieser Begriff der Verbindlichkeit im Rahmen des § 113 gelten, d.h. für die Beurteilung der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Amtsausübung von entscheidender Bedeutung sein soll. Wenn die h.L. daher von örtlicher und sachlicher Zuständigkeit des Anordnenden spricht, so kann sich das doch nur auf diese Zuständigkeit im Aussenverhältnis, d.h. gegenüber dem Betroffenen beziehen, denn im Verhältnis des Vorgesetzten zum Untergebenen kann von sachlicher und örtlicher Zuständigkeit nicht die Rede sein, diese Begriffe sind - wie gezeigt wurde -

24) Vgl. die §§ 1 I VorgVO ("ihm"), 2 ("ihnen") und vor allem § 4. 25) § 6 der VorgVO. Er beruht auf demselben Grundgedanken wie etwa die Art. 17, 26 und 35 II, III POG.

26) Vgl. § 2 Ziff. 2 WStG, wo nur von "Anspruch" auf Gehorsam die Rede ist.

27) Vgl. Anm. 22 oben, ferner Stratenwerth, S. 14 und d.dort zit. Lit., Schwarz Anm. 2 A b zu § 113, RGSt. 55,163, BGHSt. 4,162 und BGH in NJW 1953/1031.

in den Erfordernissen des "Vorgesetzten" und der "dienstlichen Tätigkeit" bereits enthalten.²⁸⁾ Warum sollte auch die "Zuständigkeit" des Vorgesetzten gegenüber dem Untergebenen, die vielleicht grundsätzlich oder in den überwiegenden Fällen die Verbindlichkeit einer Anordnung für den Angewiesenen (im Innenverhältnis) begründen könnte, von Bedeutung sein für das Aussenverhältnis zwischen Vorgesetztem (oder anordnendem staatlichen Organ allgemein) und Betroffenen? Die aufgetragene Massnahme kann sich doch ohne weiteres innerhalb der "Zuständigkeit" des Vorgesetzten gegenüber dem Untergebenen halten (ein Polizeibeamter befiehlt seinen Untergebenen die Verhaftung mehrerer Strassenpassanten), im Verhältnis zu diesen Betroffenen aber höchst rechtswidrig sein (weil etwa überhaupt kein gesetzlicher Grund für diese Massnahme im konkreten Fall vorhanden ist). Sollen sich hier die Betroffenen nicht widersetzen dürfen, nur weil diese Anordnung für die Untergebenen verbindlich ist?²⁹⁾ Andererseits: Versteht man die h.L. in der Weise, dass "Zuständigkeit" des Vorgesetzten usw. die Wahrung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit der anordnenden Instanz gegenüber dem Betroffenen bedeuten soll, so ist nicht einzusehen, dass diese Zuständigkeit die Verbindlichkeit der Anordnung gegenüber dem Untergebenen begründen soll in dem Falle, wo der Anordnende (die anordnende Instanz) gar nicht "Vorgesetzter" des "Untergebenen" ist. Die h.L. kann daher nur so verstanden werden, dass sie neben dem Erfordernis dieser Zuständigkeit (gegenüber dem Betroffenen) für die Annahme der Verbindlichkeit einer Anordnung die Vorgesetzteigenschaft des Anordnenden stillschweigend voraussetzt. Dann ist ihre Formulierung aber ungenau.

Es ergeben sich aber gegen eine solche Auffassung noch weitere Einwände. Denn nach ihr müsste eine Anordnung, auch wenn sie von einem Vorgesetzten ausgeht, für den Untergebenen dann unverbindlich sein, wenn der Vorgesetzte im konkreten Fall gegenüber dem von der Anordnung Betroffenen unzuständig ist. Damit würden zwei Rechtsverhältnisse miteinander in Verbindung und Abhängigkeit gebracht werden, die auf den ersten Blick nichts miteinander zu tun haben. Wieso sollte die Verbindlichkeit einer Anordnung von Umständen des Aussenverhältnisses zwischen anordnender Instanz

28) Vgl. oben S. 14/15 und Fussnote 22. Ferner Stratenwerth S. 155 und 156.

29) Sie ist es im übrigen nach der weiter unten entwickelten Auffassung nicht.

und Betroffenen abhängen?

§ 13) Dass ein Mangel der Zuständigkeit gegenüber dem Betroffenen grundsätzlich zu keiner Unverbindlichkeit einer Anordnung gegenüber dem Untergebenen führen kann ³⁰⁾, wird auch noch aus folgenden Hinweisen einsichtig:

1) Nach einer im Verwaltungsrecht völlig herrschenden Anschauung ist ein Verwaltungsakt einer gegenüber dem davon Betroffenen unzuständigen Behörde nicht nichtig (unwirksam, unverbindlich), sondern nur anfechtbar, d.h. also zunächst wirksam und vollstreckbar.

31) Wenn also eine solche an sich fehlerhafte und rechtswidrige staatliche Massnahme sogar im "Aussenverhältnis" grundsätzlich als "verbindlich" angesehen wird, so muss das erst recht gegenüber dem den Verwaltungsakt vollstreckenden Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) gelten, der noch durch besondere Gehorsams- und Dienstpflichten an die Anordnungen seiner Vorgesetzten oder vorgesetzten Behörden gebunden ist, also vor allem auch im Falle einer direkten Weisung des Vorgesetzten an den Untergebenen.

2) Im Bereich des Polizeirechts gibt es ferner die als herrschend zu betrachtende Meinung, dass der Befehl eines im Aussenverhältnis örtlich unzuständigen Vorgesetzten nicht nur gegenüber seinem Untergebenen verbindlich ist, sondern auch gegenüber dem von der Ausführung des Befehls Betroffenen in der Weise wirksam ist, dass die Ausführung eine rechtmässige Amtsausübung im Sinne des § 113 darstellt. Dies ist die logische Folge der Auffassung, dass Massnahmen eines polizeilichen Vollzugsorgans trotz dessen örtlicher Unzuständigkeit im konkreten Fall nur anfechtbar, keinesfalls aber nichtig (unwirksam) sind. ³²⁾ Auch hier kann daher ein Schluss a maiore ad minus gezogen werden: Wenn die Unzuständigkeit im Aussenverhältnis schon auf dieses keine sofortige Wirkung haben kann, dann kann erst recht nicht dadurch die Wirksamkeit der Massnahme im Innenverhältnis beeinträchtigt werden.

30) Gleiches gilt auch, wenn diese Anordnung im Zuge der Ausführung eines Verwaltungsakts einer Behörde ergeht, die dem vom Verwaltungsakt Betroffenen gegenüber unzuständig war, vgl. oben S. 5. Auf Fussnote 4 oben sei nochmals ausdrücklich verwiesen!

31) Vgl. Stratenwerth, S. 19 u. 20. Darauf wird unten noch eingehend zurückzukommen sein.

32) Der frühere strikte Grundsatz der ausschliesslichen Zuständigkeit der örtlich zuständigen Polizei (vgl. Mayer aaO, S. 82) ist heute durch verschiedene positive Vorschriften (z.B. Art. 17, 26, 35 II und III POG) ausdrücklich durchbrochen.

In diesem Zusammenhang erscheint auch ein Hinweis auf zwei positive Gesetzesbestimmungen angebracht, in deren Regelung zum Ausdruck kommt, dass Mängel einer staatlichen Massnahme, die auf einem Verstoss gegen Vorschriften beruhen, die im Aussenverhältnis zwischen entscheidendem (anordnendem) Staatsorgan und Betroffenen von Bedeutung sind, grundsätzlich keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Massnahme im Innenverhältnis zwischen entscheidendem und vollstreckendem Staatsorgan haben (können) und umgekehrt.

§ 14) Ein Beamter, dessen Bestellung zum Beamten nichtig oder fehlerhaft ist, erlässt einen Verwaltungsakt. Nach § 14 BBG sind seine "Amtshandlungen" (also auch Anordnungen an Untergebene) vollwirksam, d.h. nicht einmal mehr wegen dieses Mangels anfechtbar, also gegenüber jedermann wirksam, verbindlich und vollstreckbar. § 14 erfasst also Aussen- und Innenverhältnis. Er gilt zwar direkt nur für Bundesbeamte, indirekt hat er aber auch für Landesbeamte Bedeutung, denn er enthält einen allgemeinen Rechtsgedanken (der auch in Art. 18 I BayBG und den Beamtengesetzen der anderen Bundesländer auftaucht, die ja unmittelbare Anwendung auf Amtshandlungen von Landesbeamten finden). In ihm kommt nämlich der Grundsatz zum Ausdruck, dass "Amtshandlungen" einer Person dann als staatliche Massnahmen wirksam und beachtlich sind, wenn dieser Person eine hoheitliche Machtbefugnis eingeräumt und damit ein Rechtsschein für hoheitliches Handeln erzeugt worden ist. Dies ist im Falle des § 14 BBG durch die äusserliche (wenn auch rechtlich nichtige) hoheitliche Bestellung des "Beamten" in ein bestimmtes Amt geschehen.³³⁾

§ 15) Nach § 7 FGG "sind gerichtliche Handlungen nicht aus dem Grunde unwirksam, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht oder von einem Richter vorgenommen worden sind, der von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist". Im Bereich des Zivilprozessrechts ist es ferner durchaus herrschende Ansicht, dass ein Urteil, das von einem Richter erlassen wurde, der kraft Gesetzes (gemäss § 41 ZPO) von der Ausübung des Richteramtes im konkreten Fall ausgeschlossen war, nicht

33) Aus § 14 könnte aber auch entnommen werden, dass ein staatlicher Akt schon deswegen wirksam sein muss, weil seine Richtigkeit und damit Rechtmässigkeit eben wegen seines staatlichen (hoheitlichen, autoritativen) Charakters zu unterstellen (zu vermuten) ist.

nichtig ist, sondern nur mit den normalen Rechtsmitteln anfechtbar, d.h. vorerst wirksam und damit auch vorläufig vollstreckbar.³⁴⁾ Man kann ein solches vorläufig vollstreckbares Zivilurteil, mit dessen Vollstreckung etwa der Gerichtsvollzieher durch den Gläubiger beauftragt wird, gleichsam als einen der hier problematischen Situation (der Vollstreckung einer rechtswidrigen Anordnung) entsprechenden "rechtswidrigen" Auftrag an den Gerichtsvollzieher auffassen, den erkannten Anspruch zwangsweise durchzusetzen. Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Gerichtsvollzieher in diesem Falle zur Vornahme der Vollstreckungsmassnahmen verpflichtet ist. Für ihn ist m.a.W. das Urteil solange bindend ("verbindlich"), als es nicht von einer hierfür zuständigen Instanz aufgehoben wird. Diese Grundsätze gelten nicht nur für ein an dem oben genannten Mangel leidendes Urteil, sondern auch für ein sachlich unrichtiges.³⁵⁾ Worauf beruht es aber, dass man der Rechtswidrigkeit einer gerichtlichen Entscheidung grundsätzlich überhaupt keine Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit (und damit Rechtmässigkeit!) seiner Vollstreckung beilegt? In einem gerichtlichen Verfahren bestehen eine Reihe von strikten Form- und Verfahrensvorschriften und Institutionen, die geeignet sind, eine Entscheidung herbeizuführen, der ein Höchstmass von Objektivität und sachlicher Richtigkeit zukommt, so etwa die persönliche und sachliche Unabhängigkeit der Richter, die Öffentlichkeit des Verfahrens, die Möglichkeit, jede gerichtliche Entscheidung durch eine höhere Instanz nachprüfen zu lassen. Gerichtlichen Entscheidungen wird daher in besonderem Masse Vertrauen entgegengebracht, also die Erwartung, dass sie sachlich richtig und rechtmässig sind. Ihre sachliche Rechtmässigkeit und Richtigkeit wird vermutet.³⁶⁾

34) Vgl. oben S. 4 (Fussnote 3), ferner Baumbach, Anm. 1 C zu § 41 und Anm. 4 A, bb der Einl. III. Für das Strafurteil hat diese Auffassung wegen § 449 StPO keine grosse Bedeutung.

35) Vgl. Fussnote 34, ferner Stratenwerth, S. 191 und d. dort zit. Lit.

36) Vgl. die Ausführungen Stratenwerths, S. 127 ff. Diese Vermutung gilt selbstverständlich nur dann, wenn diese besonderen Garantien für die besondere Autorität der rechtssprechenden Gewalt auch praktische Bedeutung haben. In totalitären Staaten z.B. bestehen sie nur noch formell und kommen in der wirklichen Praxis nicht mehr zur Auswirkung, vgl. Stratenwerth, S. 167.

Der Autorität des handelnden staatlichen Organs wird also grosse Bedeutung beigemessen. Die Gründe für diese Autorität und der Vermutung der Rechtmässigkeit werden noch näher darzulegen sein, weil sich zeigen wird, dass diesem Gesichtspunkt allein entscheidende Bedeutung bei der Lösung vorliegenden Problems zukommt. Denn die Vermutung der Rechtmässigkeit gilt auch für Massnahmen der Verwaltungsbehörden, mag sie auch bei gerichtlichen Entscheidungen in höherem Masse bestehen.

4. Abschnitt: Notwendigkeit einer anderen Lösungsmethode.

§ 16) Die bisherigen Erörterungen über die Folgen eines Mangels eines staatlichen Aktes haben zwar einige brauchbare Erkenntnisse gebracht, jedoch auch gezeigt, dass sich durch eine derartige induktive Methode (Erörterung einzelner Mängel und einzelner positiver Vorschriften oder Rechtsmeinungen, Schluss auf einen allgemeingültigen Gesichtspunkt aus den dabei gewonnenen Erkenntnissen und Ergebnissen) eine systematische Lösung nicht gewinnen lässt. Diese Lösung ist auch mit Hilfe der Vorschriften des geltenden Rechts, die sich speziell mit der Gehorsampflicht eines Untergebenen oder der Verbindlichkeit einer Anordnung befassen, nicht möglich.³⁷⁾ Denn sie sind entweder zu ungenau oder zu eng: Denn sie vermengen einmal³⁸⁾ die Frage der Gehorsampflicht des Untergebenen mit der Frage, wann dieser für die Ausführung eines aufgetragenen rechtswidrigen oder gar strafbaren Tuns (strafrechtlich) verantwortlich ist. Zum anderen ist aber sogar bezweifelt worden, ob in ihnen tatsächlich geregelt werden sollte, wann eine Gehorsampflicht überhaupt besteht (also der Befehl verbindlich ist), oder ob die Verbindlichkeit des Befehls in ihnen schon vorausgesetzt wird und nur in bestimmten Fällen (etwa bei Strafbarkeit des aufgetragenen Tuns) gegenüber höheren Rechtspflichten zurücktreten soll.³⁹⁾ Aber selbst wenn man den

37) In Frage kommen die §§ 55 S. 2 und 56 II BBG, die entsprechenden Vorschriften der Beamtengesetze der Länder, etwa Art. 65 BayBG; §§ 11 I und II SoldG, 22 I WStG, auch 109 b V StGB.

38) Wie etwa § 56 II 3 BBG, vgl. Stratenwerth, S. 201.

39) Das Problem der Verbindlichkeit einer Anordnung wird also unter dem Gesichtspunkt einer Pflichtenkollision gesehen und gelöst, vgl. etwa Stratenwerth, S. 165 ff. (167, 178) und 197. Die genannten einschlägigen Vorschriften bringen dann die positive Regelung dieser Pflichtenkollision.

Standpunkt vertritt, dass in ihnen die Frage der Verbindlichkeit einer Anordnung geregelt werden sollte (dies ist wohl ein logischer Schluss aus ihrem Wortlaut: denn wenn ein Untergebener in bestimmten Fällen nicht gehorchen muss, also für ihn keine Gehorsamspflicht besteht, so ist die Anordnung eben unverbindlich!), so rechtfertigt es sich prima facie nicht, dieser Regelung auch für die Frage der Rechtmässigkeit der Amtsausübung i. S. des § 113, also im Aussenverhältnis zum Betroffenen, Geltung beizulegen.⁴⁰⁾ Andererseits ist aber festzustellen, dass eine vernünftige und praktisch brauchbare Lösung vorliegenden Hauptproblems nur lauten kann: Eine Widerstandsleistung gegen eine Amtsmassnahme muss immer dann unzulässig (strafbar) sein, wenn diese Amtsmassnahme auf einem für den Vollstreckungsbeamten (Untergebenen) verbindlichen Befehl beruht. Denn es wäre ein juristisches, verwaltungstechnisches und staatspolitisches Monstrum, wenn auch nur in einigen Fällen einer verbindlichen Anordnung ein Widerstand gegen die Ausführung dieser Anordnung zulässig wäre. DAS RG führt dazu aus 41): Das Gesetz "verlangt als Voraussetzung der gebotenen Unterwerfung unter die Vollstreckung nur, dass der Vollstreckungsbeamte bei seinem Vorgehen sein Amt rechtmässig ausübt ... Der an sich richtige Satz, der Befehl könne die unrechtmässige Handlung nicht zu einer rechtmässigen machen, und: die Handlung, die von dem Vorgesetzten selbst nicht habe vollstreckt werden dürfen⁴²⁾, könne durch den Auftrag an den Untergebenen nicht zu einer rechtmässigen werden⁴³⁾", ist dann ohne Bedeutung: "Die Vollstreckung ist, wenn sie berührt wird von dem die Rechtswidrigkeit begründenden Umstand, für beide, den Oberen wie den Untergeordneten, eine rechtswidrige; die Rechtswidrigkeit des Befehls aber wegen eines nur für die anordnende Stelle zu beachtenden Umstands macht nicht auch die Vollziehung desselben notwendig zu einer rechtswidrigen ... Eine wirksame Aufrechterhaltung der Autorität der Staatsgewalt ist bedingt durch entschlossene und tatkräftige Beamte. Um solcher sich zu versichern, dazu bedarf es aber staatlicher Normierungen, die den Beamten nie im Zweifel darüber

40) Vgl. die Bedenken bei den Erörterungen oben S. 17/18.

41) RGSt. 2,411 (414-417), Ständ.Rspr.: Ebenso RGSt. 26,291 (292), 29,200 (201), 40,213 (215/16), 55,161 (162), 58,195.

42) Dies ist im übrigen unzutreffend. Nicht jeder an sich rechtswidrige staatliche Akt ist, wenn er vollstreckt wird, eine rechtswidrige Amtsausübung im Sinne von § 113. Vgl. oben S. 13 und vor allem die Lehre vom fehlerhaften, aber nur anfechtbaren Staatsakt (Verwaltungsakt) oben aaO und unten S.29 ff. und 45/46.

43) Was im übrigen niemals behauptet worden ist.

lassen, dass ihm bei seiner Amtsausübung auch ein hinreichender Schutz zur Seite steht. Und diesen Schutz gewährt ... vorzugsweise der § 113 ... Dieser unentbehrliche Schutz des Vollstreckungsbeamten würde aber dann nahezu beseitigt werden, wenn er davon abhängig wäre, nicht nur, dass derselbe seine Pflicht vollständig erfüllt und in seinem Verhalten keinen Mangel hervortreten lässt, sondern ferner auch noch, dass die ihm zum Vollzug übertragene Anordnung der Gesetzmässigkeit nicht entbehre. Er würde ihm darum entzogen werden, weil er (der Vollstreckungsbeamte) ⁴⁴⁾ in den häufigsten Fällen gar nicht in der Lage ist, von dieser Gesetzmässigkeit sich zu überzeugen, und in allen Fällen gar keine Berechtigung hat, da, wo für ihn die Pflicht des Gehorsams besteht, im Widerspruch mit der unentbehrlichen Amtsdisciplin seiner individuellen Anschauung einen Einfluss auf seine Diensthandlungen einzuräumen und je nach Gestalt des Falles die staatliche Exekutive lahmzulegen". Widerstand ist nur dann (z.B.) ⁴⁴⁾ zulässig, wenn der Vollstreckungsbeamte "den unverbindlichen Befehl einer absolut unzuständigen Behörde zum Vollzug bringt ... Wo dagegen die Pflicht zur Befolgung des Befehls objektiv ausser Zweifel steht, da kann das Gesetz, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu treten, den Widerstand wegen Ungesetzlichkeit der Anordnung nicht zulassen. Es würde diese Annahme den mit einem geordneten Rechtszustand ganz unvereinbaren Konflikt hervorrufen, dass der Beamte vorschreiten müsste, der ... Betroffene sich widersetzen dürfte und hinwiederum der Beamte genötigt wäre, alle Mittel aufzuwenden, um den Widerstand zu brechen. Diese Betrachtungsweise führt mit Notwendigkeit dazu, als den Sinn des Gesetzes den anzusehen, dass, wo der Beamte den Befehl(befolgen muss) ⁴⁴⁾, wo er deshalb für seine Person berechtigt erscheint, die wenn auch rechtswidrige Anordnung zur Ausführung zu bringen, seiner Person, das ist der rechtmässigen Ausübung des Vollstreckungsamtes, wegen Mangels der Rechtmässigkeit der Anordnung Widerstand niemals entgegengesetzt werden dürfe" ⁴⁵⁾).

§ 17) Da es demnach auf die Verbindlichkeit der Anordnung entscheidend ankommt ⁴⁶⁾, ist das eigentliche Hauptproblem dieser Untersuchung bereits im Bereiche der Frage der Verbind-

44) Klammern hinzugefügt.

45) Auf die gleichen Bedenken weisen auch Ramm aaO, S. 383 und Stratenwerth S. 193 hin.

46) Vgl. Kohlrausch-Lange, Anm. III 3 a zu § 113 und Stratenwerth S. 134 und 192 und d.dort zit. Lit. und Rspr.

lichkeit einer Anordnung zu entscheiden! Hierbei kann aber nicht die Regelung der einschlägigen Gesetze ⁴⁷⁾ in erster Linie von Bedeutung sein. Um zu einer gerechten (d.h. alle sich gegenüberstehenden Interessenlagen in gleicher Weise berücksichtigenden) Lösung zu kommen, muss das Problem der Verbindlichkeit einer Anordnung vielmehr in anderer Weise entschieden werden, als dies etwa in § 56 II 3 BBG (wenn überhaupt) ⁴⁸⁾ geschehen ist oder wie es die herrschende Anschauung tut. ⁴⁹⁾ Es ist dann zwar die Auffassung vertretbar, dass eine rechtswidrige Anordnung nicht stets unverbindlich sein muss, sondern dass sie im Gegenteil grundsätzlich als verbindlich zu gelten hat ⁵⁰⁾ (mit den entsprechenden

47) Vgl. oben Fussnote 37.

48) Vgl. oben S. 21/22 (Fussnote 39)

49) Vgl. oben S. 16 ff. und die dort vorgebrachten Bedenken.

50) Dies wird vorerst vorausgesetzt: Denn nur auf diese Weise stellt sich die Frage, ob Rechtswidrigkeit und Verbindlichkeit einer Anordnung in einem Abhängigkeitsverhältnis steht, als ein Problem dar, nämlich wenn von vorneherein unterstellt wird, dass nicht jede rechtswidrige staatliche Massnahme oder Anordnung unverbindlich ist, sondern dass es auch rechtswidrige verbindliche staatliche Akte gibt. Letzteres ist hinwiederum nur dann möglich, wenn die Rechtmässigkeit einer staatlichen Massnahme nicht die Voraussetzung der Verbindlichkeit (Wirksamkeit) dieser Massnahme ist. Diese Frage kann indessen an dieser Stelle noch nicht abschliessend entschieden werden. Sie ist - das muss hier lediglich erwähnt werden - allgemein schon immer verneint worden. Dies folgt für die Verbindlichkeit einer Massnahme gegenüber dem sie ausführenden Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) an sich schon aus der Regelung des § 56 II 3 BBG und der anderen einschlägigen Gesetze, nach der ja nicht jeder Rechtsverstoß einer Anordnung die Gehorsamspflicht des Untergebenen aufhebt. Dies ist allgemein - also auch im Verhältnis zum betroffenen Staatsbürger - die Auffassung der Lehren von der Wirksamkeit eines fehlerhaften Staatsakts (Verwaltungsakts), auf die ja noch eingehend zurückzukommen sein wird. Ferner bemerkt dazu Stratenwert, S. 12: "Es scheint, dass die Gehorsamspflicht (des Untergebenen) auf einem Überordnungsverhältnis beruht, in dessen Rahmen der Befehl ergeht, - dass sie also durch die Autorität des Vorgesetzten begründet wird, die an der Illegitimität (= Rechtswidrigkeit) des einzelnen Befehls zwar ihre Grenze finden kann, in der Legitimität des einzelnen Befehls, aber nicht ihre Grundlage hat. Durch diese Vermutung wird indessen nur der Gegenstand der weiteren Untersuchung bezeichnet: Die Eigenart des Überordnungsverhältnisses ist näher aufzuklären. Nur dann lässt sich entscheiden, ob die Rechtmässigkeit der befohlenen Handlung notwendig zu den Entstehungsgründen der Gehorsamspflicht gehört." Diese Ausführungen Stratenwerths, die speziell die Gehorsamspflicht des Untergebenen betreffen, könnten in gleicher Weise auch für die "Gehorsamspflicht" (besser: Duldungspflicht) des Betroffenen gegenüber staatlichen rechtswidrigen Massnahmen gelten. Stratenwerth selbst sieht den Gesichtspunkt der Autorität staatlichen Handelns als allgemeingültigen an, wie seinen Ausführungen und Hinweisen auf S. 48, 49, 131 ff. (insbes. 135), 165 und 192 zu entnehmen ist, auf die noch zurückzukommen sein wird.

Konsequenzen für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113, s.o.). Aber als Korrelat dieser Auffassung müssen Grenzen der Verbindlichkeit (trotz Rechtswidrigkeit) angenommen werden. Und diese Grenzen müssen als überschritten angesehen werden nicht nur in den beispielsweise in § 56 II 3 BBG genannten Fällen von Rechtswidrigkeit, sondern stets auch dann oder besser: immer dann, wenn die Rechtswidrigkeit einer Amtsausübung wegen der Art des der Anordnung anhaftenden Mangels selbst oder wegen der Art und Weise des durch sie angeordneten Eingriffs in Rechtsgüter des Betroffenen oder wegen der Natur des durch die aufgetragene Amtsausübung beeinträchtigten Rechtsguts (als) so schwerwiegend oder so offensichtlich (anzusehen) ist, dass schon die Gebote der Gerechtigkeit und der Rechtsstaatlichkeit hier eine Beschränkung der Staatsgewalt verlangen: Solcherart rechtswidrige staatliche Massnahmen müssen unverbindlich sein und gegen sie muss Widerstand zulässig sein!

Die Abgrenzung der unverbindlichen und verbindlichen rechtswidrigen Anordnungen in Anlehnung an die einschlägigen geltenden Gesetze⁵¹⁾ wäre ungenau und ungerecht: Diese stellen überwiegend auf die Strafbarkeit des aufgetragenen Tuns und die Erkennbarkeit dieser Strafbarkeit ab.⁵²⁾ Aber es besteht zumindest die Möglichkeit, dass im Einzelfall ein aufgetragenes Tun zwar nicht strafbar ist* (vor allem wegen Fehlens der subjektiven Voraussetzungen hierfür, auf die aber gerade die genannten Vorschriften abstellen und auch abstellen müssen), aber doch so stark rechtswidrig ist, dass es nach der obigen Ansicht die Unverbindlichkeit der darauf gerichteten Anordnung zur Folge haben muss. Das StGB enthält keine allgemeinen, weiterer Auslegung fähigen, sondern fest umrissene und nicht weiter ausdehnbare Tatbestände. Nicht jedes rechtswidrige Tun ist strafbar und - selbst bei objektiver Strafbarkeit - handelt der Untergebene, der einen rechtswidrigen Befehl ausführt, nicht stets mit Tatvorsatz!⁵³⁾

51) Vgl. oben Fussnote 37 (S. 21).

52) Etwa 56/II 3 BBG, 11 SoldG, 22 WStG und 109 b V StGB.

53) Beispiele: Die rechtswidrige (z.B. unter Verstoß gegen die §§ 94 ff. StPO vorgenommene) Beschlagnahme einer Sache ist weder Sachbeschädigung, noch stellt sie ein Vermögensverschiebungsdelikt - etwa Diebstahl - dar. Bei Massnahmen der staatlichen Organe gegen Sachen ist das sogar stets der Fall. (In solchen Fällen wäre nach der hier vertretenen Auffassung eine diesbezügliche Anordnung auch nicht unverbindlich, weil diese Rechtswidrigkeit nicht als besonders schwer anzusehen ist. Das Beispiel wurde aber - ebenso wie die folgenden - nur angeführt, um zu zeigen, dass nicht

Gerade wegen des letzteren Grundes kann auch gegen diese Erweiterung des § 56 II 3 BBG ⁵⁴⁾ nicht eingewendet werden, dass sie keine grosse praktische Bedeutung hat, weil eben jeder besonders schwere oder offensichtliche Rechtsverstoss einer Anordnung eine Amtsausübung zur Folge haben kann, die eine strafbare Handlung darstellt.⁵⁵⁾ Aber das mag für die objektive Strafbarkeit gelten.⁵⁶⁾ Sie allein führt jedoch nicht zur Unverbindlichkeit einer Anordnung, weil es auch auf die Kenntnis des Untergebenen von der objektiven Strafbarkeit ankommt, und zwar nicht nur nach § 56 BBG, sondern auch nach der hier vertretenen Auffassung. Letztere hat nur den Vorteil, dass an Hand ihrer Definition der für die Verbindlichkeit bzw. Unverbindlichkeit relevanten Rechtswidrigkeit die subjektiven Voraussetzungen der (Un)verbindlichkeit besser festgestellt werden können: Denn nur bei besonderer Schwere oder "Offensichtlichkeit" des Rechtsverstosses der Anordnung - beide Begriffe objektiv verstanden -⁵⁷⁾ kann die entsprechende Kenntnis des Untergebenen mit Sicherheit oder Wahrscheinlichkeit angenommen oder gar unterstellt werden.⁵⁷⁾

jedes rechtswidrige Tun strafbar, und zwar nicht einmal objektiv strafbar ist.) Oder: Wird eine nach § 81 a StPO grundsätzlich zulässige körperliche Untersuchung oder Blutentnahme von einer im konkreten Fall unzuständigen Instanz (Staatsanwaltschaft) angeordnet, so stellen diese Massnahmen objektiv Körperverletzungen dar, auch wenn sie von einem Arzt vorgenommen werden. Denn objektiv liegt kein Rechtsgrund vor. Folglich befiehlt ein polizeilicher Vorgesetzter, der einem Untergebenen aufträgt, gegen den Betroffenen körperlichen Zwang zur Duldung der genannten Massnahmen anzuwenden - objektiv gesehen - Beihilfe zur Körperverletzung. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale aber werden sowohl beim Arzt, als auch bei den Polizeibeamten (Vorgesetzten und Untergebenen) stets mit Sicherheit fehlen. Nötigung liegt ebenfalls kaum vor, weil an das Tatbestandsmerkmal des § 240 II StGB besondere Anordnungen zu stellen sind. Auch ein die Menschenwürde verletzendes Verhalten ist nicht ersichtlich. Ganz zu schweigen von einer in den letzteren Fällen möglichen sicheren Feststellung der subjektiven Voraussetzungen der Unverbindlichkeit beim Untergebenen (Kenntnis der Strafbarkeit)! Oder: Ist die Anordnung willkürlich, weil der Anordnende den Mangel der Anordnung kennt, so begeht er regelmässig den objektiven und subjektiven Tatbestand der Amtsanmassung (§ 132 StGB). Der Untergebene aber würde in der überwiegenden Zahl aller Fälle den Mangel nicht kennen und bei der Durchführung der Anordnung also keine Amtsanmassung begehen. Auch dieser Sachverhalt würde daher nicht unter die in § 56 II 3 genannten Fälle der Unverbindlichkeit fallen.

54) Man kann es auch eine systematische Herausstellung des in § 56 BBG und den entsprechenden Vorschriften zum Ausdruck kommenden Grundgedankens nennen, vgl. die folgenden Ausführungen!

55) Vgl. Stratenwerth, S. 169 ff. Weil jedes zwangsweise Vorgehen staatlicher Vollstreckungsorgane möglicherweise den objektiven Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, ist auch die Lehre

§ 18 Der eigentliche Abgrenzungsgesichtspunkt für die (Un)verbindlichkeit einer Anordnung muss demnach nicht die Strafbarkeit des Aufgetragenen sein, sondern die Schwere oder "Offensichtlichkeit" der Rechtswidrigkeit dieser Anordnung und damit auch ihrer entsprechenden Vollstreckungsmassnahmen. Dieser Gesichtspunkt, der an sich auch den einschlägigen Vorschriften des geltenden Rechts zugrundeliegt,⁵⁸⁾ was ohne weiteres einsichtig wird, wenn man deren Wortlaut vergleicht, ist nun näher zu untersuchen. Warum sollte es gerade auf die besondere Schwere oder Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit einer staatlichen Anordnung ankommen, wenn die Frage zu entscheiden ist, ob diese Anordnung verbindlich ist? Sollen aber die Gründe und Ursachen dieses Gesichtspunktes aufgezeigt werden, so ist notwendigerweise zuvor auch zu untersuchen, welches denn die Gründe der Verbindlichkeit einer solchen Anordnung überhaupt sind: Gibt es eine Tatsache (Erscheinung), auf die der Geltungsanspruch jeder staatlichen (d.h. von staatlichen Behörden und Organen ausgehenden) Massnahme oder Anordnung zurückgeführt werden kann? Vermag diese Tatsache jede staatliche Massnahme zu stützen? Wann wird eine staatliche Massnahme durch diese Tatsache nicht mehr "gerechtfertigt"? Welche Bedeutung kann bei dieser systematischen Erörterung der Schwere oder Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit der staatlichen Massnahme zukommen? Durch eine solche systematische Erörterung könnte sich die Möglichkeit ergeben, im Wege der deduktiven Methode (Schluss vom Allgemeinen auf das Besondere) für alle Fälle eines Rechtsverstosses einer staatlichen Massnahme eine auf dem selben Gesichtspunkt beruhende Lösung des Problems ihrer Verbindlichkeit zu finden. Es könnte sich aber auch herausstellen, dass die Gründe der Verbindlichkeit einer staatlichen Massnahme gegenüber dem sie ausführenden Vollstreckungsbeamten (Untergebenen) in gleicher Weise und in gleichem Umfang auch für

entwickelt worden, dass nur ein pflichtwidriges Verhalten als rechtswidrig im Sinne des § 113 angesehen werden kann, vgl. z.B. Schöнке-Schröder Anm. V 3 zu § 113, Olshausen Anm. 15c zu § 113, Leipzig Anm. 11 a zu § 113, Stratenwerth S. 170 ff. und 188 mit der dort zit. Lit.

56) Aber auch nicht einmal dies ist stets der Fall, vgl. die Beispiele in Fussnote 53. Umgekehrt ist die objektive Strafbarkeit des aufgetragenen Tuns ein Indiz für die Schwere und Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit der Anordnung, weil nur die wichtigsten und bedeutendsten Rechtsgüter und Interessen des Einzelnen strafrechtlich geschützt sind.

57) Dieser Zusammenhang wird noch einer eingehenden gesonderten Untersuchung unterzogen werden.

58) Ebenso wie in den entsprechenden Vorschriften anderer Staaten, vgl. den rechtsvergleichenden Überblick auf S. 6 ff.

die "Verbindlichkeit" (besser: Wirksamkeit) dieser Massnahme gegenüber dem durch ihre Durchführung Betroffenen gelten. Das verlangt schon die Einheit der Rechtsordnung. Anderenfalls käme es ferner doch zu den vom RG aaO.⁵⁹⁾ beschriebenen unmöglichen Zuständen.

5. Abschnitt: Die Vermutung der Rechtmässigkeit und die "Offensichtlichkeit" (besonders in der Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt).

§ 19) Es ist also davon auszugehen, dass in den verschiedensten Rechtsordnungen in den weitaus überwiegenden Fällen eine rechtswidrige Anordnung für den Angewiesenen nur dann unverbindlich ist, wenn die Rechtswidrigkeit der Anordnung ihm bekannt oder für ihn leicht erkennbar oder allgemein "offensichtlich" ist.⁶⁰⁾ Dies ist insofern beachtenswert, als die aktuelle oder potentielle Kenntnis des Untergebenen von der Rechtswidrigkeit der Anordnung auch für seine strafrechtliche Beurteilung von Bedeutung ist, also für die Frage, ob er mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit (vorsätzlich) bei der Durchführung der Anordnung gehandelt hat und daher dafür bestraft werden kann. Nach den allgemeinen strafrechtlichen Lehren handelt ein Täter aber schon dann schuldhaft, wenn er mit der Möglichkeit rechnete, dass sein Verhalten rechtswidrig oder gar strafbar sein könnte, ohne dies mit Sicherheit zu wissen. Bei der Frage der Verbindlichkeit einer Anordnung dagegen ist der Begriff der Kenntnis oder Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit so auszulegen, dass der Untergebene grundsätzlich auf die Rechtmässigkeit der Anordnung vertrauen darf und im Zweifel gehorchen muss, dass also die Anordnung im Zweifel verbindlich ist.⁶¹⁾ Diese Diskrepanz besteht aber nicht im Falle des § 113: Denn weil jede staatliche Zwangsmassnahme den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllen kann, ein Vollstreckungsbeamter also stets mit der Möglichkeit rechnen muss, dass seine Amtsausübung eine objektive strafbare Handlung darstellt, kann sein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden. Dies sind aber

59) RGSt. 2, 414-417, vgl. oben S. 22/23.

60) Vgl. oben S. 6 und 27.

61) Vgl. Stratenwerth S. 47, ferner Maurach I, § 38/II B, 2 d, bb = 382, Dreher in JZ 1957, S. 396, und Arndt in Goldtammers Archiv für Strafrecht 1957, S. 50, BGHSt. 5, 239 zu § 5 WStG: Das "Erkennen" des verbrecherischen Charakters der befohlenen Tat, das nach den genannten Ausführungen für die Strafbarkeit (nach der hier vertretenen Ansicht aber auch für die Frage der Verbind-

dieselben subjektiven Voraussetzungen der Unverbindlichkeit einer Anordnung.⁶²⁾

§ 2 0) Der Begriff der "Offensichtlichkeit" spielt endlich im Verwaltungsrecht bei den Lehren vom fehlerhaften Verwaltungsakt eine wesentliche Rolle. Hier aber lässt sich am leichtesten ein Anknüpfungspunkt finden, der auch unmittelbare Bedeutung für das Problem der Wirksamkeit einer rechtswidrigen staatlichen Anordnung nach aussen gegenüber dem Betroffenen haben kann. Denn eine von einem staatlichen Organ ausgehende rechtswidrige Anordnung ist - wie unmittelbar einleuchtet - ein fehlerhafter Staatsakt.⁶⁴⁾ Für die Frage seiner Wirksamkeit und damit auch Verbindlichkeit müssen daher die gleichen Grundsätze gelten, die von Rechtslehre und Rspr. für den fehlerhaften Staatsakt, insbes. Verwaltungsakt, entwickelt und jahrzehntelang angewendet worden sind. Danach aber ist ein fehlerhafter (d.h. an einem Rechtsmangel leidender) Staatsakt grundsätzlich wirksam und nur in einem besonderen Verfahren (Anfechtungsklage im Verwaltungsstreitverfahren, oder Verfassungsbeschwerde usw.) aufhebbar, keinesfalls aber von vornherein völlig unwirksam (nichtig). Dies beruht darauf, dass staatliche Akte mit einem besonderen Geltungsanspruch auftreten: Ihre Rechtmässigkeit wird bis zur Feststellung des Gegenteils vermutet.⁶⁵⁾ Diese Vermutung kann nur bei einer ohne weiteres feststellbaren, bei einer "offensichtlichen" Rechtsverletzung also ohne besonderes (Anfechtungs- usw.)verfahren entkräftet werden. Die Wirksamkeit eines Hoheitsaktes hängt demnach davon ab, ob seine Rechtswidrigkeit offensichtlich ist oder nicht⁶⁵⁾. Wenn daher ein fehlerhafter Verwaltungsakt z.B. grundsätzlich wirksam ist, so muss das die logische und praktische Folge haben, dass die zu seiner Vollstreckung berufenen Beamten (Untergebenen) zu Vollstreckungsmassnahmen verpflichtet sind (der Verwaltungsakt also für sie "verbindlich" ist) und dass die Betroffenen die Durchführung dieser Massnahmen dulden müssen. Es ist auch völlig übereinstimmende Auffassung, dass ein Widerstand gegen die Voll-

lichkeit des Befehls und damit der Zulässigkeit von Widerstand) von Bedeutung ist, setzt positives "sicheres" Wissen des Untergebenen von der Beschaffenheit der Tat voraus.

62) Ein Vollstreckungsbeamter des § 113 handelt nur dann strafrechtswidrig, wenn sein Verhalten pflichtwidrig ist. Nach dieser Lehre - vgl. oben (Fussnote 55) - ist die Amtsausübung rechtmässig, wenn sie als pflichtmässig angesehen werden kann. Erst recht muss in diesem Rahmen eine der Amtsausübung entsprechende Anordnung verbindlich sein. Vgl. dazu Stratenwerth S. 177 und 189 der diesen Zusammenhang deutlich herausstellt.

64) Vgl. Stratenwerth S. 49, 139 und 165.

streckung rechtswidriger, aber nur anfechtbarer Verwaltungsakte unzulässig ist. Dieser Grundsatz muss für die Vollstreckung einer rechtswidrigen staatlichen Anordnung in gleicher Weise gelten, denn eine solche Anordnung ist ebenfalls ein fehlerhafter Staatsakt und die Sach-, Rechts- und Interessenlage ist völlig entsprechend.⁶⁶⁾

6. Abschnitt: Die Gründe der Vermutung der Rechtmässigkeit.

Die Autorität bei staatlichen Massnahmen.

§ 21) Zur Erhärtung der bisherigen Ergebnisse ist nun nach den Gründen dieser Vermutung der Rechtmässigkeit zu forschen. Sie könnte einmal auf dem Wert der staatlichen Ordnung und dem Gebot der Rechtssicherheit beruhen. "Im öffentlichen Recht soll das Vertrauen auf den Bestand rechtlich relevanter Akte in grundsätzlich weiterem Umfang geschützt werden als im Privatrecht."⁶⁷⁾ Das aber lässt sich nur mit dem besonderen Geltungsanspruch hoheitlicher Akte erklären, der das gesteigerte Vertrauen überhaupt erst begründet. Es liegt an dem autoritativen Charakter hoheitlicher Entscheidungen, wenn man sich auf sie in höherem Masse glaubt verlassen zu dürfen, als auf private Erklärungen. Deshalb würde die Rechtssicherheit in besonderem Masse gefährdet, sofern jeder fehlerhafte Staatsakt kurzerhand als nichtig behandelt werden könnte."⁶⁸⁾ Der Wert der Ordnung und das Gebot der Rechtssicherheit allein jedoch können die Vermutung der Rechtmässigkeit nicht begründen, denn sie sind letztlich nur eine rechtspolitische Forderung.⁶⁹⁾ Nur das autoritative Element eines Staatsaktes vermag seinen Anspruch, als wirksam und verbindlich angesehen zu werden, zu rechtfertigen.⁷⁰⁾ Autorität muss dabei nicht nur der allgemeinen abstrakten Staatsgewalt als solcher zukommen, sondern auch den einzelnen staatlichen Organen und Behörden, d.h. den konkreten staatlichen Massnahmen. Denn zwar sind diese Massnahmen die Emanation und Ausführung eines Gesetzes. Aber die öffentlichen Organe sind nicht reine Gesetzesvollzugsorgane, sondern haben ein gewisses Mass von Selbständigkeit und Eigenständigkeit, nicht nur in institutioneller und formeller, sondern auch in

65) Forsthoff aaO, S. 185, Wolff aaO, S. 210 u. 222, Darnedde in Urteilsanm. DV 1948/49, S. 215, Stratenwerth S. 48 und die weitere dort zit. Lit. und Rspr.

66) Vgl. auch Schöнке-Schröder, Anm. V 5 zu § 113: Die Amtsausübung ist rechtmässig, wenn die Anordnung rechtmässig ist. Deren Rechtmässigkeit richtet sich aber nach denselben Grundsätzen, die für die Amtsausübung an sich entwickelt worden sind. Vgl. ferner in der Begründung des StGB-Entwurfs zu § 419 (der dem § 113 des geltenden Rechts entspricht) die Bemerkung: "Es bleibt wie bisher

materieller Hinsicht: Ihnen verbleibt ein gewisser materieller Entscheidungsspielraum.⁷¹⁾ Die Vermutung der Rechtmässigkeit muss also nach den bisherigen Ausführungen auf der Autorität der (des) staatlichen Behörde (Organs), oder für unseren Fall: auf der Autorität der weisungsberechtigten Stelle beruhen.⁷²⁾ Was bedeutet aber Autorität und warum kommt sie der Staatsgewalt und ihren einzelnen Organen usw. zu?

§ 22) Autorität ist aus dem lateinischen Wort "auctoritas" abzuleiten, welches bedeutet: Würde, Gewicht, Bedeutung, Ansehen, Glaubwürdigkeit; Besonnenheit, sittlicher Ernst; Gewähr, Sicherheit, Bürgschaft. Von Autorität ist daher bei einer Person (Instanz) zu sprechen, die bei anderen (Personen) besonderes Ansehen und besondere Glaubwürdigkeit geniesst, weil ihr Denken und Handeln die Gewähr bietet, "richtig" zu sein. Den Entscheidungen einer solchen Autorität wird deswegen Bedeutung beigemessen, weil man glaubt, dass ihnen ein besonderes Mass an "Richtigkeit" zukommt. Der Grund für diese Erwartung ist darin zu sehen, dass die betreffende Person (Instanz), der Autorität zuerkannt wird, bereits viele Male "richtige" Entscheidungen getroffen hat, und (oder) dass die Überzeugung besteht, dass diese Person ihre Entscheidungen aus einem Verantwortungsgefühl heraus, mit Gewissenhaftigkeit, Objektivität und Sachlichkeit zu treffen sucht. Dies gilt sowohl dann, wenn einer übergeordneten Instanz von einer ihr untergeordneten Autorität zuerkannt wird als auch zwischen gleichgeordneten Instanzen. Für die hier bedeutsamen Unterordnungsverhältnisse gilt: "Unterordnungsverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, dass der Untergebene in bestimmtem Umfang fremder Weisung nachzukommen verpflichtet ist. (Das) heisst aber: Die Entscheidung über das eigene Verhalten nicht selbst nach dem Maßstab der Richtigkeit treffen zu können, sondern dem Vorge-

der Rspr. überlassen, im Einzelnen die Voraussetzungen zu bestimmen, von denen die Rechtmässigkeit der Diensthandlung abhängt."

67) Vgl. Forsthoff, S. 185, Darnedde in Urteilsanm. DV 1948/49, S. 215.

68) Stratenwerth S. 49/50. Vgl. dazu auch Wolff aaO, S. 210 und PrOVG Bd. 97, S. 95 (insbes. 99).

69) Auch hat gerade der Betroffene kein Interesse am Bestehenbleiben einer staatlichen Massnahme, wenn diese ihn belastet. Auf die Berücksichtigung seiner Interessen aber kommt es bei der Bestimmung der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 wesentlich an.

70) Stratenwerth S. 51.

71) Vgl. Forsthoff, S. 185 und Stratenwerth S. 57/58.

72) Stratenwerth S. 52.

setzten überlassen zu müssen. Der Untergebene kann daher, soweit er befehlsgebunden handelt, die Richtigkeit seines Verhaltens nicht verantworten. Denn was er zu tun hat, wird gerade durch den Befehl festgelegt. In diesem Sinne ist jeder Gehorsam blinder Gehorsam, blind, weil er nicht voraussetzt, dass der Untergebene die Richtigkeit des Befohlenen einsieht. Von der Verantwortung für das Befohlene ist aber die Verantwortung für die Befehlsgebundenheit scharf zu unterscheiden. Hier geht es darum, ob und wieweit man es verantworten kann, sich fremder Weisung zu unterwerfen. Und diese Verantwortung für die Befehlsgebundenheit ist unaufhebbar. Sie kann durch keinen Befehl ausgeschlossen werden, weil sie gerade die Bindung durch Befehle zum Gegenstand hat. Deshalb gibt es in diesem Sinne keinen blinden Gehorsam: "So sehend muss jeder Gehorsam sein, dass er wenigstens zuseht, ob echte Autoritätsäusserung vorliegt ... Die eigentliche Schwierigkeit liegt in der Frage, an welcher Richtschnur die Entscheidung über die Befehlsgebundenheit zu orientieren ist, unter welchen Voraussetzungen es also zulässig oder geboten sein kann, die Entscheidung über das eigene Verhalten einem anderen zu überlassen. Wenn man der Verantwortung für das eigene Verhalten prinzipiell nicht entgehen kann, so gibt es darauf nur eine Antwort: Es muss die Richtigkeit der fremden Entscheidung, der man sich beugt, wenigstens vorausgesetzt werden dürfen. An die Stelle des eigenen Urteils über die Richtigkeit der einzelnen Weisung muss die Gewähr treten, dass der Weisungsberechtigte befähigt ist, richtige Entscheidungen zu treffen. In eben dieser Fähigkeit liegt seine Autorität. Sich in verantwortlicher Weise fremder Entschliessung zu unterwerfen, ist also nur möglich, wenn die Anordnung durch die Autorität des Befehlenden gedeckt wird."⁷³⁾ Das eigentliche Problem liegt also für die Untergeordneten (Personen, Instanzen) darin, zutreffend zu beurteilen, wann den Übergeordneten die Befähigung zu richtiger Entscheidung zukommt. "Denn die Befähigung eines anderen kann nur der wirklich beurteilen, der selber über sie verfügt. Die Voraussetzung der verantwortlichen Unterordnung schliesse also die Unter-

73) Stratenwerth S. 52 f. Diesen Grundsätzen muss auch für das "Unterordnungsverhältnis" zwischen anordnender staatlicher Instanz und Betroffenen entsprechende Bedeutung beikommen.

ordnung gerade aus. Diese Aporie ist nicht zu umgehen. Doch gibt es eine Reihe von Möglichkeiten, sie praktisch zu lösen, die sämtlich darin übereinstimmen, dass das sachkundige Urteil über die Befähigung des Befehlenden durch äussere Garantien ersetzt wird.⁷⁴⁾ Welches sind diese äusseren Garantien, die eine (für unseren Fall erforderliche) Autorität der Staatsgewalt im allgemeinen und ihrer konkreten Gewalten bei ihren konkreten Massnahmen und Anordnungen begründen können?

7. Abschnitt: Äussere Garantien für das Vorhandensein von staatlicher Autorität im Allgemeinen.

§ 23) Der Staat als solcher, seine äussere Macht, vermag niemals eine Autorität zu begründen.⁷⁵⁾ Eine Staatsgewalt muss nicht nur legal sein (d.h. im Wege des durch die jeweilige Verfassung vorgesehenen und geregelten Verfahrens konstituiert), sondern auch legitim: Ihr Herrschaftsanspruch muss durch ideelle Gehalte gerechtfertigt sein und als normative Pflicht von den Beherrschten innerlich anerkannt sein.⁷⁶⁾ Die Beherrschten müssen von der Rechtmässigkeit der Staatsgewalt und ihrer konkreten Massnahmen "überzeugt" sein, weil sie diese Massnahmen für

74) Stratenwerth aaO.

75) Stratenwerth S. 54, vgl. dazu auch G.Jellinek aaO, S. 195.

76) Vgl. das Zitat bei Stratenwerth S. 54. Vgl. ferner die Ausführungen G. Jellineks aaO, S. 334/335 (Notwendigkeit der Überzeugung von der Gültigkeit des staatlich gesetzten Rechts; vgl. die Forderung nach der "opinio iuris" oder "opinio necessitatis" und nach dem "consensus populi" für die Annahme von Gewohnheitsrecht; bei Gewähr durch staatliche Machtmittel allein wäre das Recht kraftlos), S. 341 (zumindestens Anerkennung der tatsächlichen staatlichen Machtverhältnisse als rechtliche erforderlich) S. 355 (im Gesamtbewusstsein der Völker erscheint der Staat nicht nur als faktische, sondern auch als rechtliche und vernünftige Macht). Gegen diese sog. Anerkennungstheorie vor allem Kelsen aaO, S. 45 ff. und 350 ff. Kelsen vertritt u.a. die Ansicht, dass eine Rechtsnorm heteronomer Natur sei, also ohne Rücksicht auf den individuellen Willen entstehe und gelte (S. 45) und dass ein irgendwie gearteter psychischer Anerkennungsakt unwahrscheinlich oder zumindest nicht nachweisbar sei (S. 356, 361). Diesen Sätzen dürfte heute schon wegen des in den modernen Demokratien massgebenden Prinzips der Repräsentation (dazu Maunz aaO, S. 59 f. und G. Jellinek aaO, S. 572 und 582) des Willens des gesamten Volkes durch die staatlichen Organe im wesentlichen der Boden entzogen sein. In einer Demokratie wird letztlich jede staatl. Massnahme vom Willen der (Mehrheit der) Staatsangehörigen getragen, so dass seine "Anerkennung" durch diese Staatsangehörigen schon deswegen angenommen werden müsste. Eine Auseinandersetzung

"richtig" halten. Natürlich muss diese "Überzeugung" nur bei der Mehrheit der Beherrschten tatsächlich und im konkreten Fall vorhanden sein, nicht aber ausnahmslos bei allen und in jedem Zeitpunkt. Anderenfalls wäre eine Rechtfertigung des Staates und seiner konkreten Massnahmen niemals möglich, weil es immer Individuen in diesem Staate geben wird, die sowohl den Staat als solchen ablehnen, als auch solche, die die Berechtigung und Richtigkeit seiner konkreten Massnahmen anzweifeln. Und wenn oben von "Überzeugung" die Rede ist, so kann das selbstredend hier nicht bedeuten, dass das Wirken der Staatsgewalt in jedem Augenblick und bei jeder Massnahme so beschaffen sein muss, dass deren Billigung und Anerkennung durch die Mehrheit der Staatsangehörigen mit Sicherheit angenommen werden kann. Es muss vielmehr genügen (und nur so kann die Anerkennungstheorie verstanden werden) dass die Art und der Umfang der von einem Staate verfolgten konkreten Zwecke ⁷⁷⁾ und die der praktischen Durchführung dieser Zwecke dienenden in den Gesetzen (insbes. der Verfassung) dieses Staates enthaltenen Prinzipien, Institutionen und Garantien ⁷⁸⁾ geeignet sind, das Vertrauen der Staatsangehörigen auf die Richtigkeit und Rechtmässigkeit der einzelnen staatlichen Massnahmen ⁷⁹⁾ im Allgemeinen und grundsätzlich zu begründen, m.a.W. es muss

mit den Bedenken Kelsens gegen die Anerkennungstheorie, die vor allem auf philosophischem, logischem und methodologischem Gebiet liegen, ist hier nicht möglich, da sie den Rahmen vorliegender Untersuchung völlig sprengen würde. Eine indirekte Stellungnahme kann in den folgenden Ausführungen und auf S. 38 gesehen werden. Die Anerkennungstheorie beruht auf den gleichen Grundgedanken wie die Lehre vom Vertragsstaat bei den Rechtfertigungslehren des Staates (vgl. darüber G. Jellinek aaO, S. 201 ff. (insbes. 209), vgl. dazu Kelsen aaO, S. 375 ff.)

77) Die Lehre von den Staatszwecken ist in der Allgemeinen Staatslehre von grosser Bedeutung. Nach Ansicht dieser Lehre erhält der konkrete Staat als solcher seine endgültige und abschliessende "Rechtfertigung" erst durch die von ihm verfolgten Zwecke. Eine konkrete staatliche Massnahme aber ist nach dieser Lehre dann "gerechtfertigt" (also rechtmässig), wenn sie der Durchführung dieser (vor allem in einer Demokratie letztlich von den Staatsangehörigen, bzw. ihrer Mehrheit, bestimmten und gebilligten) Zwecke dient. Nähere Ausführungen hierzu sind nicht erforderlich, weil diese Lehren heute völlig herrschend sind (Vgl. die Darlegungen bei G. Jellinek aaO, S. 236, 242 ff., 249, 259 und 263.) und im Einzelnen hier keine Rolle spielen. Entscheidend ist hier allein, ob die Art und der Umfang der vom konkreten Staat verfolgten Zwecke und die Art und Weise der praktischen Durchführung dieser Zwecke geeignet sind, eine Autorität der Staatsgewalt zu begründen.

78) Über die letzteren vgl. G. Jellinek, aaO, S. 343 u. 788 ff.

79) D.h. aber die Autorität der Staatsgewalt, s.o.S. 31/32.

genügen, dass diese Richtigkeit und Rechtmässigkeit von den Staatsangehörigen nicht mit Sicherheit, aber mit Wahrscheinlichkeit vorausgesetzt werden kann.⁸⁰⁾ Auch Stratenwerth⁸¹⁾ versucht nachzuweisen, dass die konkrete Legitimation der Staatsgewalt und ihre Autorität auf der Anerkennung materialer Werte und Ordnungsprinzipien durch die Verfassung und die Gesetze des jeweiligen Staates und der Bindung der staatlichen Gewalt in all ihren Formen an diese Werte und Prinzipien beruht. Diese Anerkennung und Bindung, diese Zwecke, Prinzipien, Institutionen, Garantien oder wie man es immer nennen mag, sind die oben erwähnten äusseren Garantien.

§ 24) Bevor nun eine Zusammenstellung der vom Staatswesen der/ derzeitigen Bundesrepublik, dem Geltungsgebiet des § 113, anerkannten und verfolgten Werte, Zwecke usw. erfolgen soll, ist noch darzulegen, warum jemandem (einer Person, Instanz) Vertrauen⁸²⁾ entgegengebracht wird. Vertrauen besteht darin, dass eine Person usw. sich in die Hand einer anderen begibt, indem sie dieser gegenüber auf Vorsichtsmassregeln verzichtet, die sie sonst anderen Personen usw. gegenüber zum Schutze ihrer Interessen anwendet. Der Vertrauende verlässt sich darauf, dass der Vertrauensempfänger von der ihm nunmehr gegebenen Möglichkeit, diese Interessen zu beeinträchtigen, keinen Gebrauch machen, sondern sie sogar zu erhalten und zu fördern trachten wird. Einen höheren Grad von Vertrauen stellt es dann dar, wenn diese Erwartung dem Vertrauensempfänger gerade deswegen entgegengebracht wird, weil man ihn für zuverlässig hält, d.h. für eine Person, die fremde Interessen respektiert und aus diesem Grunde die durch das Vertrauen geschaffene Situation nicht ausnützt.⁸³⁾ "Die Respektierung fremder Interessen setzt stets voraus, dass der Träger dieser Interessen als verantwortliche Person geachtet wird. Denn nur die Achtung vor dem Anderen verleiht den zu seinem Persönlichkeitsbereich gehörenden Interessenden Charakter prinzipieller Unantastbarkeit. Und das bedeutet im Hinblick auf das Vertrauen: Die Vertrauenswürdigkeit des Vertrauensempfängers

80) Vgl. oben S. 32 und Stratenwerth S. 105. Dies dürfte heute grundsätzlich einmütige Auffassung sein. Mit den obigen Erörterungen werden die von Kelsen aaO. gegen die Anerkennungstheorie vorgebrachten Bedenken bereits wesentlich eingeschränkt.

81) aaO, 5.-7. Kapitel, insbes. S. 65, 70 und 72.

wurzelt in der Achtung, die er selbst dem Vertrauenden erweist." 83) Bei dieser höheren Art des Vertrauens wird also die Zuverlässigkeit des Vertrauensempfängers 85) darin gesehen, dass er verantwortlich handelt, also auch fremde Interessen respektiert, und versucht, seine Entscheidungen nicht willkürlich und unsachlich, sondern sozialetisch "richtig" (d.h. unter Berücksichtigung aller, nicht nur der eigenen, Interessen) zu treffen. Einem konkreten Staate muss also Vertrauen dann entgegengebracht, ihm und seinen Organen dann Autorität zuerkannt werden, wenn er seine Angehörigen als verantwortliche Personen achtet, insbes. ihre Freiheit und Rechtssphäre wahren und fördern und nicht mehr als notwendig einschränken will.

8. Abschnitt: Äussere Garantien im Besonderen (in der Bundesrepublik).

Dies ist aber in allen Demokratien ("westlicher" Ausprägung) der Fall, insbesondere auch in der Bundesrepublik: In ihren Gesetzen und ihrem politischen Leben kommen nämlich folgende Prinzipien und Institutionen zur Geltung:

§ 25) Die Anerkennung von Grundrechten des Einzelnen und deren besonderer Schutz (z.B. Art. 1 ff., insbes. Art. 1 I und III, ferner Art. 19, 20, 79 III, 93 II GG mit § 90 BVGG). Als deren wichtigstes erscheint die Menschenwürde, in welcher auch die (sittliche) Autonomie des Einzelnen enthalten sein dürfte. Ihr Schutz ist dem Staate ausdrücklich (Art. 1 I GG) als Verpflichtung auferlegt. Wichtige Garantien in dieser Hinsicht enthalten ferner die Art. 2 und 3 GG (Freiheit und Gleichheit): Sie sollen - ebenso wie alle anderen in den Grundrechtsbestimmungen gewährten und geschützten Freiheiten (Glaubens-, Meinungs-, Versammlungsfreiheit usw.) dem Schutze der rechtlichen und persönlichen Sphäre des Einzelnen, der Möglichkeit zur Führung eines eigenverantwortlichen Lebens und der Förderung der Fähigkeit dazu dienen. In ihnen ist von vornherein bestimmten typischen Gefahren, die dem eigenverantwortlichen Leben des Einzelnen durch eine übermässige Ausdehnung der staatlichen Gewalt drohen könnten, vorgebeugt. 86)

82) Welches ja einer der massgebendsten Gründe für die Zuerkennung von Autorität ist, vgl. oben S. 31, 32 und 34.

83) Vgl. Stratenwerth S. 82/83.

85) Das müssen in unserem Falle der Staat und seine Organe sein,

§ 26) Als wichtigste Gestaltungsprinzipien sind zu nennen:

Die Teilnahme aller Staatsbürger an der Gestaltung des staatlichen Lebens (Art. 20 II S. 1 und 2, 28 GG), insbes. die Wahl der Volksvertretung, der rechtsstaatliche Gedanke (d.h. die Bindung der Staatsgewalt in allen ihren Formen an ihre eigenen Gesetze und das "Recht", Art. 1 III und 20 III GG),⁸⁷⁾ die Teilung der Staatsgewalt ("Gewaltenteilung", Art. 20 II 2 GG), die gegenseitige Überwachung und Hemmung der verschiedenen Gewalten (vgl. die Institutionen der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, die Überwachung der Regierung durch das Parlament, die "Rechts- und Fachaufsicht" der übergeordneten Staatsorgane über die nachgeordneten und der Staatsorgane über die Selbstverwaltungskörperschaften (vgl. dazu etwa die Art. 67 GG und die Art. 46, 105, 110-112 und 115 der BayGO), die Aufsicht der Rechnungshöfe (Vgl. § 4 BRHG), um nur einige Beispiele zu nennen), die Zuständigkeitsnormen⁸⁸⁾, die Öffentlichkeit aller staatlichen Zustände (vgl. z.B. Art. 5 und 42 I 1 GG). Sie alle dienen der Rationalisierung und Beschränkung der Staatsgewalt und beugen der (unnötigen oder gar rechtswidrigen) Beeinträchtigung eigenverantwortlichen Lebens des Einzelnen durch eine zu starke oder unbeschränkte Staatsgewalt vor. Damit "eröffnen und sichern sie nicht nur die Möglichkeit verantwortlicher Teilhabe am Gemeinwesen, sondern die Möglichkeit einer sich in menschlichem Zusammenleben vollziehenden Selbstverwirklichung des Einzelnen überhaupt."⁸⁹⁾

§ 27) Das gilt insbes. vom Prinzip der Demokratie (Art. 20 II 2 und 28 I, II GG): Die Einzelentscheidungen aller Staatsbürger führen zur Konstitution der gesetzgebenden Körperschaften. In jeder Entscheidung dieser Körperschaften (vor allem beim Er-

denn dem Nachweis ihrer Vertrauenswürdigkeit im Sinne der obigen Erörterungen sollen ja vorliegende Untersuchungen dienen.
86) Vgl. Stratenwerth S. 102

87) Die im Verwaltungsrecht herrschenden Lehren von der "Gebundenheit" und der "Gesetzmässigkeit" der Verwaltung sind ein Ausfluss dieses Prinzips.

88) Über deren besondere Bedeutung bei vorliegendem Problem vgl. Stratenwerth S. 21/22 und unten S. 64 ff.

89) Stratenwerth S. 104. Vgl. dazu dens. S. 69/70. Über die besondere Bedeutung des sozialstaatlichen Prinzips (Art. 20 I GG) für die Ermöglichung und Sicherung eigenverantwortlicher Lebensführung vgl. Stratenwerth S. 99 und 100/101 und Maunz aaO.S.57.

lass von Gesetzen) wirkt daher indirekt die Entscheidung aller einzelnen Staatsbürger mit. Die gesetzgebenden Körperschaften wählen die Regierung. Die Parlamente oder die Regierungen, bzw. deren Bevollmächtigte errichten die einzelnen staatlichen Behörden und ernennen die staatlichen Beamten, also die Exekutivorgane durch Rechtsnorm oder Einzelakt (Verwaltungsakt). Die Entscheidungen der Gesetzgebungs- und Exekutivorgane werden gemäss dem in der Demokratie geltenden Repräsentationsprinzip verfassungsmässig dem Volke zugerechnet.⁹⁰⁾ In jedem Willensakt eines Staatsorgans ist damit der Wille des einzelnen Staatsbürgers, bzw. der Mehrheit aller Staatsbürger, mit enthalten. Ein solcher Akt ist indirekt als eigener, von dem Einzelnen selbst hervorgebrachter anzusehen.⁹¹⁾

Gerade aus der Art und Weise der Willensbildung in einem demokratischen Staate ergibt sich dieses gesteigerte, Autorität begründende Vermögen dieses Staates zu richtiger Entscheidung. In ihm wird die verantwortliche Teilnahme der Staatsbürger an der Gestaltung und Durchführung des staatlichen Lebens vorausgesetzt, verlangt und gefördert. Aus diesem im Vollzug der Freiheit stattfindenden Zusammenwirken aller und aus den im Bereich des öffentlichen Lebens stattfindenden Auseinandersetzungen, die aus dem Versuch entstehen, der Fülle sachlich möglicher Wertdifferenzen, Anschauungen und Interessen gerecht zu werden, können Entscheidungen getroffen werden, die zumindest die Chance haben, richtiger zu sein, als die Diktate Einzelner.⁹²⁾ "Die Hoheitsgewalt des Staates findet ihren Rückhalt nur in der Erwartung, dass die in den demokratisch-rechtsstaatlichen Formen konstituierten und kontrollierten Staatsorgane in der Ausübung der ihnen anvertrauten Gewalt das erreichbare Höchstmass sozialemoralischer Richtigkeit zu verwirklichen vermögen. Das bedeutet nicht, dass ihre Entscheidungen über jede Kritik erhaben sind. Denn jene rechtsstaatlich-demokratischen Formen setzen die Mitwirkung der Öffentlichkeit gerade voraus. Aber es bedeutet doch, dass der Einzelne sein Urteil nicht ohne weiteres über das derjenigen Instanzen stellen kann, die gerade die Vielfalt möglicher Wertungen be-

90) Vgl. Maunz aaO, S. 59 f. Vgl. auch die Erörterungen G. Jellineks aaO, S. 572 und 582. Ferner Art. 38 I 2 GG. Auch bei gerichtlichen Entscheidungen ist das der Fall, vgl. § 311 I ZPO: Ein Urteil ergeht "Im Namen des Volkes".

91) Dass im allgemeinen Willen auch der Wille des Einzelnen mit-enthalten ist, muss auch als grundsätzliche Ansicht Rousseaus angesehen werden. Denn in seiner Lehre vom Vertragsstaat verwirft

rücksichtigen sollen."⁹³⁾

Die bisher erwähnten Prinzipien, Institutionen usw. sind vor allem dazu geschaffen und geeignet, die Staatsgewalt allgemein zu legitimieren und Vertrauen in ihr Wirken zu begründen. Die folgenden Institutionen usw. dienen der Rechtfertigung der konkreten Massnahmen dieses Staates. Zumindest können sie die Vermutung für die Richtigkeit und Rechtmässigkeit dieser Massnahmen begründen.

§ 28) Es ist dies vor allem die Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im modernen Rechtsstaat können staatliche Massnahmen ausnahmslos einer Überprüfung durch unabhängige Richter unterworfen werden. Die einschlägigen Rechtsbehelfe des Staatsbürgers gegen staatliche Akte bestehen in grosser Zahl und häufig nebeneinander.⁹⁵⁾ Diese Rechtsbehelfe stehen jedem einzelnen Betroffenen zu. Hinzu kommen die staatlichen Organen selbst gewährten entsprechenden Möglichkeiten eines Vorgehens gegen ihnen als rechtswidrig erscheinende Akte anderer Staatsorgane, wie etwa die abstrakte und konkrete Normenkontrolle.⁹⁶⁾

er das Prinzip der Repräsentation. Nur die unmittelbare Demokratie sei geeignet, den Willen des Einzelnen (im Sinne einer Rechtfertigung des konkreten Staates durch Bestehen eines Gesellschaftsvertrages) voll zur Geltung zu bringen. Vgl. die Hinweise bei G. Jellinek aaO, S. 212 f. und 556 ff. (575).

92) Vgl. Stratenwerth S. 107.

93) Vgl. Stratenwerth S. 108.

95) Eine Darstellung des Systems dieser Rechtsbehelfe ist hier überflüssig. Erwähnt seien nur die §§ 40 und 47 VwGO, die Verfassungsbeschwerde des § 90 BVGG, und im Bayer. Recht: Verfassungsbeschwerde nach Art. 120 BV und die sog. "Popularklage" nach Art. 98 S. 4 BV. Gerade weil in der Bundesrepublik einem Staatsbürger, der sich durch eine staatliche Massnahme in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt glaubt, in jedem Fall ein Rechtsbehelf gegen sie zusteht, ist die Ansicht vertreten worden, dass eine Widerstandsleistung in zweifelhaften Fällen - und dies sind die meisten, bei denen ein Widerstand vom Betroffenen überhaupt in Erwägung gezogen wird - völlig unnötig, unangebracht und daher auf jeden Fall rechtswidrig sei. Denn eine Widerstandsleistung ist eine Art Notwehr. Letztere aber ist nach § 53 II StGB nur dann rechtmässig, wenn sie "erforderlich" ist. Dies sei aber aus den genannten Gründen bei "Angriffen" von staatlichen Organen abzulehnen. Vgl. dazu auch die BGHE in LM Nr. 5 zu § 113. Dazu ist zu sagen: Es ist grundsätzlich völlig richtig, dass diejenigen Erwägungen, die zur Einfügung des Begriffes der "Erforderlichkeit" in das Notwehrrecht und zur Abgrenzung dieses Begriffes geführt haben, wegen Ähnlichkeit der Sachlage auch bei der Beurteilung einer Widerstandsleistung gegen rechtswidrig ausgeübte Staatsgewalt (= die ja einen "rechtswidrigen Angriff" i.S. des § 53 II StGB darstellt) durchgreifen müssen. Die moderne Sozialethik hat nun aber im Laufe der Zeit extrem liberale und individualistische Auffassungen zurückgedrängt und zu einer Beschränkung des Begriffes der Erforderlichkeit geführt.

Weitere Möglichkeiten des Staatsbürgers, sich gegen staatliche Hoheitsakte zu wenden, sind auch die sogenannten Rechtsmittel gegen die Entscheidungen einer ersten gerichtlichen Instanz oder in erster Instanz entscheidenden Verwaltungsbehörde (Berufung, Revision, Beschwerde, Widerspruch, Einspruch usw.), die besonders auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestehen. Erwähnt sei auch noch das Petitionsrecht,⁹⁷⁾ das nach heute herrschender Ansicht ein Recht des Staatsbürgers auf Verbescheidung seiner Beschwerde oder Anregung begründet.

§ 29) Hinzu kommt noch das Bestehen von zahlreichen (Schadens-) ersatzansprüchen eines von einer (rechtswidrigen) staatlichen Massnahme Betroffenen gegen den Staat wie auch gegen das einzelne tätig gewordene Staatsorgan selbst. (Vgl. etwa Art. 34 GG, §§ 89 I und 31, 839 BGB, auch 24 SoldG). Der Betroffene hat nicht zu befürchten, dass ihm durch eine (rechtswidrige) staatliche Massnahme unersetzlicher materieller Schaden entsteht, weil eine Entschädigung (in meist grosszügiger Weise) gewährt wird. In einem Staatswesen wie der Bundesrepublik werden bewusste Amtspflichtverletzungen eines staatlichen Organs, die sich nach aussen als rechtswidrige staatliche Massnahmen i.S. des § 113 darstellen, auch aus dem Grunde selten sein, weil nicht nur jedes Organ der Beaufsichtigung durch ein anderes unterliegt, sondern auch jeder einzelne staatliche Beamte für eine derartige Massnahme disziplinarrechtlich und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. (Vgl. das Institut der "Dienstaufsicht" und die Bestimmungen der BDO, ferner §§ 331 ff. StGB und 30 ff. WStG).

(Vgl. dazu Maurach I (§ 26 II B 2). Dabei wurde u.a. folgender Grundsatz herausgearbeitet: "Erforderlichkeit" der Verteidigungshandlung verlange, dass bei dieser das dem Angreifer am wenigsten beeinträchtigende Mittel gewählt werde, so weit es zur Abwehr des Angriffs geeignet und ausreichend sei. Auf unseren Fall übertragen würde dies z.B. bedeuten, dass sich der Betroffene gegen die rechtswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt nur durch Beschreiten des vorgegebenen Rechtsweges zur Wehr setzen darf, wo und wenn dies geschehen kann, ohne dass ihm dadurch ein Schaden entsteht. Dies ist aber - wie unmittelbar einleuchtet - nicht immer der Fall. Daher bleiben die z.B. in der Begründung des StGB-Entwurfs zum dortigen § 419 vorgebrachten Bedenken gegen die oben vorgetragene Ansicht beachtlich. Es heisst dort u.a.: "Es ist nicht gangbar, den Widerstand ohne Rücksicht auf die Rechtmässigkeit der Diensthandlung stets mit Strafe zu bedrohen und den Betroffenen auf das umfassende System der Rechtsbehelfe zu verweisen. Denn in zahlreichen Fällen würde es nutzlos sein, den Rechtsweg zu beschreiten, weil die Entscheidung der übergeordneten Stelle zu spät käme. Ausserdem wäre es mit den Grundsätzen des Rechtsstaats nicht zu vereinbaren, rechtswidrige staatliche Akte unterschiedlos wie rechtlich einwandfreie strafrechtlich zu schützen." Das wäre auch brutale Staatsallmacht und mit der dem Staate zukommenden Autorität unvereinbar!

Eine rechtswidrige Amtsausübung (ein rechtswidriger Befehl) kann auf diese Weise für das betreffende staatliche Organ (Beamter, Vorgesetzter) zu einer fühlbaren Beeinträchtigung seiner beruflichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Existenz führen. Vor einer besonders krassen rechtswidrigen Amtsmassnahme wird sich daher jeder Staatsbeamte hüten.

§ 30) Alle oben aufgezählten Prinzipien, Institutionen, Garantien usw. können natürlich nur dann zu einem Schutz des Staatsbürgers und zu einer Beeinflussung staatlicher Massnahmen im Sinne der Richtigkeit und Gerechtigkeit führen, wenn die mit ihrer Handhabung und Anwendung betrauten Instanzen gewillt und in der Lage sind, gerecht, sachlich und unbestechlich von ihnen Gebrauch zu machen, und ihre entsprechenden Entscheidungen durchzusetzen. Ob dies in einem Staatswesen der Fall ist, kann nur in der jeweiligen konkreten geschichtlichen Situation beurteilt werden. Dabei ist die Gefahr, dass die genannten Instanzen von sich aus bewusst die ihnen obliegende Aufgabe der ordnungsgemässen Handhabung obiger Prinzipien usw. vernachlässigen oder überhaupt nicht erfüllen, gering. Die Erfahrung zeigt z.B., dass zwar jedes Staatsorgan selbst dazu neigt, gegebenenfalls seine Kompetenzen formell oder sachlich zu überschreiten, dass es aber gegenüber solchen Überschreitungen anderer Staatsorgane die entgegengesetzte Reaktion zeigt und diese strikt zu hemmen und zu verhindern sucht. Auch die Gefahr des (im negativen Sinne gemeinten) "Kol-laborierens" staatlicher Organe, die sich beaufsichtigen und hemmen sollen, ist deswegen unbedeutend. Der demokratische Rechtsstaat und damit die Rechtsstellung des Einzelnen sind aber dann stark gefährdet, wenn ein Staatsorgan (z.B. die Regierung, die ihr unmittelbar unterstehenden Exekutivorgane) so mächtig wird, dass es die anderen Organe dahingehend beeinflussen kann, von den diesen gegebenen Entscheidungskompetenzen oder Kontroll- und Aufsichtsrechten nur in einem bestimmten Sinne (dann aber überwiegend nicht im Sinne der Richtigkeit und Gerechtigkeit staatlicher Massnahmen) Gebrauch zu machen.⁹⁸⁾ In diesen historischen Situationen verlieren die angeführten Prinzipien ihre praktische

96) Art. 93 Ziff. 2, 100 GG und 92 BV.

97) Art. 17 GG und 115 BV.

98) Zur Illustrierung dieser Ausführungen braucht nur auf die Zeit von 1933-1945 und die Methoden der Regierung des nat. soz. Staates und der ihr unterstehenden "Exekutivorgane" Partei und Gestapo hingewiesen zu werden.

Bedeutung nahezu völlig. Hier soll jedoch der - tatsächlich auch in der Praxis geübte - moderne Rechtsstaat im Vordergrund stehen. Von dem durch das GG konstituierten und gelenkten Staatswesen der Bundesrepublik aber kann derzeit mit Recht behauptet werden, dass seine Forderungen und Programme nicht nur in der Verfassungsurkunde stehen, sondern auch in der Praxis beachtet und angewendet werden.⁹⁹⁾

9. Abschnitt: Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse,
Schlussfolgerungen hieraus.

§ 31) Bestehen in einem Staatswesen die angeführten Verfassungsgrundsätze, Ordnungsprinzipien, Institutionen, Kontrollen und Garantien und werden sie im praktischen staatlichen Leben von den staatlichen Organen anerkannt, befolgt und durchgesetzt, so kann daraus in zulässiger Weise der Schluss gezogen werden, dass Zweck und Ziel dieses Staates die Wahrung und Förderung eines Lebens seiner Angehörigen in Freiheit und freier Selbstbestimmung ist und dass dieser Staat bestrebt ist, dafür zu sorgen, dass seinen konkreten Massnahmen ein möglichst hoher Grad von sachlicher Richtigkeit und Rechtmässigkeit zukommt.¹⁰⁰⁾ In diesem Streben aber zeigt sich ein Verantwortungsgefühl dieses Staates für die Richtigkeit und Rechtmässigkeit seiner Massnahmen und damit gegenüber seinen von diesen Massnahmen betroffenen Angehörigen. Auf Grund der obigen Erörterungen über den Begriff und die Gründe der Autorität und des Vertrauens kann daher verlangt werden, dass den Massnahmen dieses Staates Vertrauen und die Erwartung entgegengebracht wird, dass sie richtig und rechtmässig sein werden. M.a.W. diesem Staate kommt Autorität zu. Aus denselben Gründen aber muss diese Autorität auch den einzelnen Organen und Behörden und jedem einzelnen mit hoheitlichen Befugnissen betrauten Beamten, also auch - was hier vor allem interessiert - einem eine Anordnung erteilenden Beamten, zuerkannt werden. Denn der eine Anordnung erteilende Vorgesetzte, bzw. sein Tätigwerden, unterliegen denselben Grundsätzen, Prinzipien usw. wie staatliche Massnahmen allgemein. Auch er ist verpflichtet, sein hoheitliches Handeln so einzurichten, dass es den Vorschriften

99) Der Nachweis für diese Behauptung wäre an Hand vieler Beispiele aus dem praktischen staatlichen und politischen Leben möglich. Er ist aber hier überflüssig, ja diesem Nachweis dienende Ausführungen wären hier unzulässig: Denn diese Untersuchung soll ihrem Zweck nach eine theoretische sein. Es sei lediglich auf die in der NJW 1956/S. 1399 abgedruckte (bereits oben S. 13/14 im Auszug zitierte) E des BVG verwiesen, welche im Ergebnis die obige Behauptung stützt.

entspricht, die auf die oben geschilderte demokratische Weise der Willensbildung zustandekamen. Für den einzelnen Beamten und Soldaten (Vorgesetzten) ist dies ausdrücklich im Gesetz bestimmt: In den §§ 52 und 58 BBG und 7-10 SoldG. Die besondere und schwerere Art der Ahndung von Verstössen gegen diese Pflichten und Gebote wurde bereits hervorgehoben. Überdies bringt es die (im modernen Staat immer stärker intensivierte) Ausbildung und (z.T. äusserst spezialisierte) Fachbildung mit sich, dass der einzelne Beamte über ein hohes Mass von Sachkunde verfügt, das ihn befähigt, Entscheidungen zu treffen, deren Richtigkeit und Zweckmässigkeit weder ein Untergebener, noch der davon betroffene Staatsbürger auf den ersten Blick einzusehen vermögen. Gerade aber für diesen Fall gilt das über Begriff und Gründe der Autorität Ausgeführte.¹⁰¹⁾

§ 32) Da die Frage, ob dem Staate und seinen einzelnen Organen Autorität zukommt, mit einem klaren Ja beantwortet werden konnte, kann nun auch mit Recht behauptet werden, dass staatlichen Massnahmen die Vermutung für ihre Rechtmässigkeit zur Seite steht. Denn diese Vermutung wurzelt unmittelbar in der Autorität der handelnden Instanz.¹⁰²⁾ "Sie besagt nichts anderes, als dass der autoritativen Entscheidung ein - im Verhältnis zum Urteil des Einzelnen - erhöhter Geltungsanspruch zukommt, und dass diese Entscheidung eben deshalb im Zweifel verbindlich bleibt.¹⁰³⁾ Dies ist aber der Grundsatz, der von Rechtslehre und Rspr. für den fehlerhaften Staatsakt allgemein seit Jahrzehnten aufgestellt und angewendet worden ist.¹⁰⁴⁾ Eine nähere Untersuchung der Gründe dieser Rechtmässigkeitvermutung war hier aber deswegen angebracht, weil vorliegendes Spezialproblem - soweit ersichtlich - unter diesem Gesichtspunkt noch nicht behandelt worden ist, eine allgemeingültige Lösung sich aber nur auf diese Weise finden lässt, wie im Folgenden zu zeigen sein wird. Diese Vermutung der Rechtmässigkeit hat aber ihre Grenze. Sie wird dann entkräftet, wenn die Tatsachen und Erwägungen, welche die Autorität begründen, unzweifelhaft nicht gegeben sind, wenn kein Anhaltspunkt für

100) Dazu ist nicht einmal erforderlich, dass sämtliche der genannten Institutionen usw. gleichzeitig und nebeneinander bestehen usw., und dass die bestehenden ihren Zweck optimal erfüllen, vgl. Stratenwerth S. 138.

101) Vgl. Stratenwerth S. 105: "Nicht weil ihre Richtigkeit unmittelbar gewiss, sondern obwohl sie ungewiss ist, dürfen oder sollen die Gebote der Autorität befolgt werden. Dass die Legitimität einer Regelung nicht unmittelbar eingesehen werden kann,

eine autoritative Entscheidung vorhanden ist, also im konkreten Fall die Unfähigkeit der staatlichen Instanz zu richtiger Entscheidung offensichtlich und demnach auch ihre Entscheidung offensichtlich unrichtig ist. Oder: "Die Vermutung der Rechtmässigkeit muss dann versagen, wenn eine Entscheidung staatlicher Organe unter keinen - wie immer gearteten - Umständen mit der legitimierten Grundlage staatlicher Autorität oder mit den auf dieser Grundlage ergangenen, die Ausübung der Staatsgewalt regelnden Normen zu vereinbaren ist. Denn unter dieser Voraussetzung kann die Gültigkeit einer staatlichen Entscheidung mit Sicherheit beurteilt werden."¹⁰⁵⁾ Eine solche Massnahme ist dann eindeutig rechtswidrig und damit auch eine rechtswidrige Amtsausübung i.S. des § 113.

§ 33) Nunmehr aber lässt sich auch die bereits oben (S. 27/28) angedeutete Vermutung zwingend begründen: Kommt nämlich im konkreten Falle einer staatlichen Instanz (Organ, Behörde, Beamter, Vorgesetzter) Autorität zu, d.h. kann man aus den oben erörterten Gründen auf ihren Willen und ihre Fähigkeit zu richtiger und rechtmässiger Entscheidung vertrauen und daher die Richtigkeit und Rechtmässigkeit ihrer Entscheidungen voraussetzen, dann ist die konkrete Entscheidung (Massnahme, Verwaltungsakt, Anordnung, Befehl) wirksam. Wirksamkeit aber bedeutet nicht nur Verbindlichkeit gegenüber den zur Ausführung der Entscheidung berufenen Untergebenen (Vollstreckungsbeamten), sondern allgemeine Verbindlichkeit für alle von der Entscheidung Betroffenen, also auch für den von der (zwangsweisen) Durchführung der Entscheidung

ist geradezu die Bedingung der Möglichkeit von Autorität: Steht die Legitimität einer Entscheidung ausser Frage, so ist die Autorität der entscheidenden Instanz belanglos."

102)Vgl. oben S. 30/31 und Stratenwerth S. 52 und 110.

103) Stratenwerth S. 110. Vgl. auch oben S. 30 (Fussnote 70).

104) Vgl. oben S. 29 (Fussnote 65).

105) Stratenwerth S. 110. Ebenso Wolff aaO, S. 216 (für den rechtswidrigen Verwaltungsakt: "Besonders grobe Fehler, die einen Schutz des Vertrauens in die Autorität und Rechtskenntnis der erlassenden Behörde nicht mehr rechtfertigen, weil ein damit behafteter Verwaltungsakt rechtlich gänzlich Unmögliches verlangt usw., machen den Verwaltungsakt absolut rechtswidrig, und haben dessen Unwirksamkeit (Nichtigkeit) zur Folge." Das RG hat (in einer in der JW 1928/S. 2325 abgedruckten Entscheidung) dem "zweifellos gesetzwidrigen Befehl" eines Polizeivorgesetzten an seinen Untergebenen die Verbindlichkeit aberkannt.

betroffenen Staatsbürger. Denn die Gründe der Wirksamkeit einer staatlichen Massnahme, ihres Geltungsanspruchs, sind im Verhältnis zwischen Staat (entscheidender staatlicher Instanz) und Untergebenem (Vollstreckungsbeamten) und Staat - Staatsbürger dieselben, die Wirksamkeit beruht auf der Autorität der entscheidenden Instanz und der Vermutung der Rechtmässigkeit der Massnahme. Daher kann in zulässiger Weise die für vorliegendes Problem wichtige Schlussfolgerung gezogen werden: Die Anordnung (der Befehl) einer staatlichen Instanz (Organ, Behörde, Beamter, Vorgesetzter) an einen Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) muss nicht nur für den letzteren (grundsätzlich) verbindlich sein, auch wenn sie einen Mangel aufweist, sondern im gleichen Umfang auch gegenüber einem betroffenen Staatsbürger Wirksamkeit in der Weise entfalten können, dass ihre Befolgung und Durchführung eine im Sinne des § 113 rechtmässige Amtsausübung darstellt.¹⁰⁶⁾ Kein strafloser Widerstand gegen eine verbindliche Anordnung! Diese Ansicht vertritt zwar im Endergebnis auch

106) Es kommt also vor allem (oder nur, s.u.) auf die Verbindlichkeit einer Anordnung (staatlichen Massnahme überhaupt) für die zu ihrer Vollstreckung berufenen Beamten (Untergebenen) an. Verbindlichkeit muss daher gleichbedeutend sein mit Wirksamkeit überhaupt, d.h. aber Verbindlichkeit gegenüber allen Beteiligten und Betroffenen. Und Verbindlichkeit und Wirksamkeit in diesem Sinne muss auch Rechtmässigkeit im Sinne des § 113 bedeuten. Dieser entscheidende Gedankengang taucht bei allem Kontrast in den Ansichten immer wieder in Rechtslehre und Rspr. auf:

A) Die Verbindlichkeit einer rechtswidrigen Anordnung ist nach den Grundsätzen zu beurteilen, die allgemein für die Wirksamkeit fehlerhafter (rechtswidriger) Hoheitsakte gelten. Vgl. Stratenwerth S. 150 (für den Fall der Unzuständigkeit der anordnenden Instanz im Aussenverhältnis): "Die Unzuständigkeit kann die Nichtigkeit des an einen Beamten gerichteten Befehls nur in demselben Umfang begründen, wie dies bei Anordnungen der vollziehenden Gewalt gemeinhin der Fall ist" und S. 187: "Es besteht nicht der mindeste Grund, die Verbindlichkeit von Hoheitsakten im Strafrecht nach anderen Maßstäben zu beurteilen als sonst im öffentlichen Recht." In der Lehre vom fehlerhaften Staatsakt aber ist heute die sog. Gravitäts-Evidenz-Theorie vorherrschend, die (ebenfalls) auf der Vermutung der Rechtmässigkeit hoheitlicher Akte beruht. Nach dieser Theorie ist ein rechtswidriger Staatsakt, insbes. Verwaltungsakt, nur dann unwirksam (nichtig), wenn die Vermutung für seine Rechtmässigkeit durch die besonders schwere und (oder) offensichtliche Rechtswidrigkeit des Aktes entkräftet wird. Vgl. oben S. 29 und die dort in Fussnote 65 zit. Lit., ferner Stratenwerth S. 48.

B) Schon der Begriff der Wirksamkeit nach der Gravitäts-Evidenz-Theorie kann nur Wirksamkeit gegenüber jedermann, also auch Vollstreckbarkeit gegenüber dem Betroffenen, bedeuten. Vgl. oben S. 29/30. Dies folgt u.a. auch aus der Regelung des § 80 II ff. VwGO! Ebenso Wolff aaO, S. 215, Stratenwerth S. 192 und OLG Hamm (E in DV 1948/49, S. 214). Stratenwerth setzt sich aaO, S. 131 ff. ins-

die herrschende Meinung. Sie bestimmt aber den Begriff der Verbindlichkeit in unrichtiger und praktisch unbrauchbarer Weise. 107) Auch die Auffassung, dass nur eine schlechthin rechtmässige Amtsausübung den Schutz des § 113 genieße und dass eine

besondere mit der Verbindlichkeit (Vollstreckbarkeit) rechtswidriger Urteile auseinander und kommt zu dem Ergebnis: "Im Bereich der Vermutung der Rechtmässigkeit muss das rechtswidrige Urteil grundsätzlich respektiert werden. (Denn) es ist (zwar) rechtswidrig, aber verbindlich" (S. 133). (Daraus folgt, dass) "die Vollstreckungsorgane prinzipiell verpflichtet sind, auch das - nicht offensichtlich - rechtswidrige Urteil zu vollstrecken" (S. 133 f.). "Die Vermutung der Rechtmässigkeit begründet die Verbindlichkeit rechtswidriger Urteile gegenüber den Vollstreckungsorganen sowohl wie gegenüber dem Betroffenen. Nur sie kann die Zulässigkeit des Widerstands und der Notwehr ausschliessen" (S. 135/136, ebenso S. 181 und 191).

C) Aus diesen Feststellungen ergibt sich zwingend die logische und praktische Folgerung, dass eine verbindliche (wirksame) staatliche Massnahme (Anordnung) nur eine rechtmässige Amtsausübung i.S. des § 113 darstellen kann. Dies wird für das rechtswidrige Urteil bei Stratenwerth noch besonders hervorgehoben: "Es ist hier besonders dringlich die Äquivokation in der Verwendung des Begriffes "Rechtmässigkeit" und "rechtmässig" aufzuklären. Denn nur auf diese Weise lassen sich alle Doppelbewertungen, alle mühsamen Konstruktionen auflösen: § 113 setzt grundsätzlich nicht die effektive Rechtmässigkeit der zu vollstreckenden Entscheidung, sondern nur ihre - durch die Vermutung der Rechtmässigkeit vermittelte - Verbindlichkeit voraus Die Verbindlichkeit der vollstreckten Entscheidung hebt zwar die Rechtswidrigkeit der Vollstreckung nicht auf, wohl aber prinzipiell die Zulässigkeit einer anderen als der prozessordnungsmässigen Gegenwehr (S. 134 f. Vgl. auch die dort zit. Lit. und Rspr.). Ebenso (für die sonstigen staatlichen Massnahmen wie Verwaltungsakte und Anordnungen) S. 192. Am klarsten wird diese Ansicht von Dernerde (in der Urteilsanm. zu DV 1948/49, S. 215) formuliert: Über den Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung lasse die Rspr. in Strafsachen eine klare Linie vermissen. Daher sei es das Verdienst des kommentierten Urteils (= eine E des OLG Hamm), dass es verlange, dass diese Frage "im Einklang mit den Grundsätzen des Verwaltungsrechts" entschieden werden müsse. "Die Rechtsordnung ist ein einheitliches Ganzes. Sie ist in sich widerspruchsfrei. Von diesem Grundsatz muss sich die Auslegung jeder einzelnen Gesetzesbestimmung leiten lassen ... Der Strafrichter kann daher das Verhalten eines Beamten dann nicht als unrechtmässige Amtsausübung behandeln, wenn dieses in verwaltungsrechtlicher Hinsicht (jedenfalls vorläufig) rechtsbeständig ist (z.B. ein nur anfechtbarer Verwaltungsakt). Umgekehrt kann die Verwaltungsbehörde vom Einzelnen nichts fordern, was zu tun ihm ohne Verletzung des Strafgesetzes nicht möglich ist ..." § 133 verweise auf das Verwaltungsrecht! Ein Widerstand müsse dann strafbar sein, wenn er gegen eine Amtsausübung gerichtet sei, die der Betroffene nach den Regeln des Verwaltungsrechts hinzunehmen verpflichtet ist (d.h. z.B. einen nach der Gravitäts-Evidenz-Theorie nur anfechtbaren Verwaltungsakt, bzw. seine Vollstreckung) ... "Nur wenn eine Amtsausübung so fehlerhaft ist, dass sie auch unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten als nicht anzusehen ist, kann der Betroffene sie ignorieren und ihr (straflosen) Widerstand entgegensetzen".

107) Vgl. dazu oben S. 16 ff.

rechtswidrige Anordnung stets eine rechtswidrige Amtsausübung im Sinne dieser Vorschrift zur Folge haben müsse,¹⁰⁸⁾ mag in logischer und rein strafrechtlicher Hinsicht zutreffen,¹⁰⁹⁾ sie führt aber zu den vom RG¹¹⁰⁾ hervorgehobenen praktisch völlig unhaltbaren Ergebnissen, weil sie die Tatsache ausser Acht lässt dass eine solche rechtswidrige Anordnung ein hoheitlicher Akt ist, für dessen Wirksamkeit aus den dargelegten Gründen eben andere Grundsätze gelten (müssen). Vorliegendes Problem kann nicht nur unter strafrechtlichen Gesichtspunkten gelöst werden, es ist ein Komplex von strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Fragen!

10. Abschnitt: Der Begriff der Offensichtlichkeit.

§ 34) Zieht man also - wie es geschehen muss - auch verwaltungsrechtliche Grundsätze zur Lösung des Problems heran (d.h. die Lehren vom fehlerhaften Staatsakt und vor allem die Gravitäts-Evidenz-Theorie), so ist die Abgrenzung zwischen den nur "anfechtbaren" (d.h. zunächst wirksamen, also verbindlichen und vollstreckbaren) und den von vornherein unwirksamen (nichtigen) staatlichen Massnahmen (wovon hier vor allem die Anordnungen interessieren) theoretisch leicht durchführbar. Das erheblich schwierige Problem aber ist, eine praktisch brauchbare nähere Umschreibung des Begriffes der "besonderen Schwere oder Offensichtlichkeit" der Rechtswidrigkeit zu finden. Nach der bisherigen herrschenden Ansicht heisst z.B. "offensichtlich rechtswidrig": unter keinen wie immer gearteten Umständen rechtlich möglich und zulässig.¹¹¹⁾ Diese Definition scheint also objektive Maßstäbe anzuwenden, ohne dass es nach ihr auf die tatsächliche Kenntnis der Beteiligten (Vollstreckungsbeamter, Betroffenen) ankäme. Dies zeigt aber schon - ebenso wie eine scharfsinnige Auslegung des § 56 II 3 usw. BBG¹¹²⁾ -, dass letztlich nicht eine "Offensichtlichkeit", sondern die objektive Schwere der Rechtsverletzung einer staatlichen Massnahme (Anordnung) der massgebende Abgrenzungsgleichpunkt ist.

108) von Kirchenheim aaO, Frank aaO, Anm. IV 1 zu § 113 und die weitere diese Ansicht vertretende dort zit. Lit.

109) Im übrigen ist es nach der herrschenden und der hier vertretenen Ansicht keineswegs so, dass die rechtswidrige Anordnung durch ihre Ausführung zu einer rechtmässigen wird: Sie bleibt weiterhin rechtswidrig, ist aber (zunächst) wirksam und ihre Ausführung wird im Rahmen des § 113 als rechtmässige Amtsausübung behandelt.
Damit ist hier die sog. (strenge) Transformationstheorie abge-

Denn "offensichtlich" müsste doch vor allem ein subjektives Element beinhalten und bedeuten: von allen erkannt, oder: für alle leicht erkennbar. Darauf kommt es aber nach obiger Definition nicht entscheidend an. Die beiden Merkmale der "besonders schweren und offensichtlichen" Rechtswidrigkeit stehen aber in einem engen Zusammenhang: Ein im objektiven Sinne "offensichtlicher" Rechtsverstoß einer Anordnung ist stets (als) ein besonders schwerer Mangel (anzusehen). Es muss auch ein umgekehrtes Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Schwere der Rechtsverletzung und ihrer "Offensichtlichkeit" bestehen. Um dieses aufzuzeigen, genügt aber der Begriff der objektiven Offensichtlichkeit nicht.

Dieser Begriff ist einmal nicht ausreichend, um alle hier bedeutsamen Sachverhalte zu erfassen: Denn der Erlass eines Steuerbescheides durch eine Baubehörde oder einer Bauabbruchverfügung durch das Finanzamt (die dann vollstreckt werden sollen) - Fälle, die unter den objektiven Offensichtlichkeitsbegriff fallen würden - kommen in einem demokratischen Rechtsstaat praktisch nicht vor. Andererseits aber würde ein etwa im Jahre 1945 erlassener Befehl eines Volkssturmführers, einen Volkssturmmann wegen Ungehorsams und daher wegen "Zersetzung der Kampfkraft" der Truppe ohne ein Standgerichtsverfahren auf der Stelle zu erschiessen, unter Umständen nicht unter diesen Begriff fallen, weil eine solche Massnahme nach Kriegsrecht (etwa bei drohender Auflösung der Truppe) möglich war und auch nicht gegen überstaatliche Rechtsgrundsätze verstieß.

lehnt, welche besagt, dass sich der ursprünglich rechtswidrig erteilte Befehl durch seine Verbindlichkeit gegenüber dem (gutgläubigen) Untergebenen im Zuge seiner Ausführung durch diesen in einen rechtmässigen Akt verwandelt. (Vgl. dazu auch Maurach I, § 38/II B. 2 d., = S. 382).

110) RGSt. 2, 411 ff., vgl. oben S. 23 mit Fussnote 45. Vgl. auch BGHSt. 4, 161 ff. Nach dieser neuesten zu diesem Problem ergangenen BGHE kommt es prinzipiell nicht auf die sachliche Rechtmässigkeit der Amtsausübung an (vgl. S. 163 f.)

111) Forsthoff aaO, S. 203, Wolff S. 217, Stratenwerth S. 140, 144.

112) Vgl. die Andeutungen auf S. 25/26.

113) Stratenwerth hält in solchen Situationen aus dem Gesichtspunkt der militärischen Disziplin auch die Befolgung eines offensichtlich rechtswidrigen Befehls für möglich, S. 162/163.

114) Stratenwerth hält zu Recht diese Fälle für die eigentlich wichtigen und ihre Lösung für die eigentlich schwierige (S. 142 und 167).

115) Vgl. die entsprechenden Bedenken bei Stratenwerth S. 143 f.

(Es ist Recht und Pflicht jedes militärischen Vorgesetzten, die ihm unterstellten Soldaten zusammenzuhalten und entsprechende Befehle zu erlassen). Im übrigen wäre das eine Notstandssituation, in welcher sowieso andere Grundsätze zu gelten haben.¹¹³⁾ Gerade aber diese zahlreichen, praktisch wichtigen Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit und die "Offensichtlichkeit" dieser Rechtswidrigkeit von der Sachlage im konkreten Fall abhängt, erfasst der objektive Offensichtlichkeitsbegriff nicht.¹¹⁴⁾ Hier aber muss der subjektive Begriff der "Offensichtlichkeit" verwendet werden. Für die Frage, wann ein Rechtsverstoß im Allgemeinen "subjektiv offensichtlich" ist und ob er dies auch im konkreten Fall ist, gewinnt dann der Begriff der objektiven Schwere des Rechtsverstoßes entscheidende Bedeutung, wie noch darzulegen sein wird.

§ 35) Bei einer Begriffsbestimmung der subjektiven Offensichtlichkeit ist aber zunächst seinem subjektiven Element Beachtung zu schenken: Danach soll es auf die tatsächliche oder potentielle Kenntnis der (aller oder nur eines?) Beteiligten von der Rechtswidrigkeit der staatlichen Massnahme (Anordnung) ankommen. Will man dabei aber vermeiden, dass es im konkreten Fall zu verschiedenen Beurteilungen der Rechtmässigkeit der Amtsausübung durch die hier massgeblich Beteiligten, also den Vollstreckungsbeamten (Untergebenen) und den Betroffenen, kommt, ohne dass einem der beiden der Vorwurf zu machen wäre, dass sein eventueller diesbezüglicher Irrtum unentschuldbar (und daher unbeachtlich) ist, und dass daher sowohl die Vollstreckungsmassnahme, als auch die dagegen gerichtete Widerstandsleistung als gerechtfertigt und daher rechtmässig anzusehen wäre,¹¹⁵⁾ so kann man nur auf die Kenntnis eines der Beteiligten abstellen. Aber wessen Kenntnis sollte dann entscheidend sein? Zur Beantwortung dieser Frage kann auf die Lehre von der Pflichtmässigkeit der Amtsausübung hingewiesen werden:¹¹⁶⁾ Nimmt z.B. ein Vollstreckungsbeamter irrigerweise einen Sachverhalt an, der sein Vorgehen rechtfertigen würde, oder irrt sich ein Untergebener über die Rechtmässigkeit einer Anordnung, so kann einem solchen Irrtum im Verhältnis zum Betroffenen, d.h. für die Beurteilung des Begriffes der Rechtmässigkeit der Amtsausübung, äusserstenfalls dann Bedeutung beigemessen werden, wenn dieser Irrtum entschuld-

116) Vgl. oben Fussnote 55 (S. 26) und 62 (S. 29).

117) Ein Sachverhaltsirrtum eines Vollstreckungsbeamten wird im Rahmen des § 113 nach überwiegender Auffassung ganz allgemein für beachtlich gehalten: Die Amtsausübung ist trotz dieses Irrtums rechtmässig. Vgl. Schwarz aaO, Anm. 2 A zu § 113, Schönke-Schröder aaO, Anm. V 5 zu § 113, und die weiteren Literaturhinweise bei Stratenwerth S. 144, 190 und 191.

bar war, d.h. aber nach der genannten Lehre: wenn der Vollstreckungsbeamte (der Untergebene) nach pflichtgemässer Abwägung aller Umstände zu dem Ergebnis kam, dass (die Anordnung und damit) der von ihm vorzunehmende Eingriff sachlich begründet ist.¹¹⁷⁾ Mit der Hervorhebung der "Pflichtmässigkeit" hat diese Lehre die obige Frage bereits entschieden: Es kommt auf die Kenntnis des Vollstreckungsbeamten an, nur auf Grund seiner tatsächlichen oder potentiellen Kenntnis der Sachlage kann beurteilt werden, ob er pflichtgemäss gehandelt hat. Diese Auffassung hat sich auch für das Recht der Organe des polizeilichen Vollzugsdienstes ganz allgemein durchgesetzt: Ein Polizeibeamter ist dann zum Eingreifen berechtigt (und verpflichtet), wenn jeder verständige Durchschnittsmensch, dem die dem Beamten bekannten Umstände des Einzelfalles bekannt wären, der Auffassung sein könnte und müsste, dass die gesetzlich normierten Tatbestandsmerkmale für ein polizeiliches Einschreiten vorliegen. Ein Einschreiten des Beamten in einem solchen Falle ist dann rechtmässig, und zwar auch im Sinne von § 113, auch wenn tatsächlich der Beamte einem Irrtum über den Sachverhalt unterlegen ist.¹¹⁸⁾ Auch die Vorschriften des geltenden Rechts, welche die Gehorsampflicht eines Untergebenen zum Gegenstand haben,¹¹⁹⁾ stellen auf die Kenntnis des Untergebenen ab. Da aber oben gezeigt wurde, welche Grundauffassung (auch) ihnen zugrundeliegt und dass diese Auffassung von allgemeiner - d.h. auch für die Wirksamkeit einer Anordnung gegenüber dem Betroffenen massgeblicher - Bedeutung ist, so können sie hier ebenso zum Beweise verwendet werden für die Behauptung, dass beim subjektiven Begriff der Offensichtlichkeit die Kenntnis des Vollstreckungsbeamten (Untergebenen) massgebend ist.^{119a)} Dass letztere Behauptung richtig ist, zeigt auch ein Hinweis auf den Autorität

118) Vgl. Berner PAG, Anm. 5 zu Art. 2: "Gefahr ist ein Zustand, der nach verständigem Ermessen in näherer Zeit den Eintritt einer Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, vor allem eines Schadens, mit Wahrscheinlichkeit erwarten lässt." Ebenso Drews-Wacke aaO, S. 112 f. und 43 f. (vorläufiges Einschreiten bei Scheingefahr!).

119) Vgl. Fussnote 37 (S. 21).

119 a) Auf die aktuelle oder potentielle Kenntnis des Betroffenen von der Rechtswidrigkeit der Anordnung und der Vollstreckungsmassnahme kann es auch deshalb nicht ankommen, weil sich dieser sowieso meist überhaupt keine Gedanken über die Rechtmässigkeit der konkreten Amtsausübung macht: Widerstand wird überwiegend nur aus einem gewissen anarchistischen Oppositionsgeist geleistet (Vgl. Kirchenheim S. 205).

begründenden Gesichtspunkt: Auf das Streben, zumindestens den Versuch des Strebens nach möglichst richtigen Entscheidungen. Dieses liegt auch beim einzelnen Beamten vor (bzw. wird es vermutet), solange dieser aus den ihm bekannten Umständen den richtigen Schluss hinsichtlich der Zulässigkeit und Richtigkeit der im konkreten Fall erforderlichen Massnahme gezogen hat. Diese Vermutung wird nur dann entkräftet, wenn die Unzulässigkeit oder Unrichtigkeit der Massnahme so krass oder (objektiv) offensichtlich war, dass sie auch dem Beamten auffallen musste. Ist sie ihm aber trotzdem nicht aufgefallen, so war er eben im konkreten Fall unfähig, eine richtige Entscheidung zu treffen. Das ihm (grundsätzlich) entgegengebrachte Vertrauen und die Erwartung der Richtigkeit und Rechtmässigkeit seiner Massnahmen hat dann keine Grundlage mehr, ihm kann verantwortliches Handeln nicht mehr zugebilligt werden, wegen des Wegfallens der Vermutung der Rechtmässigkeit ist diese seine Massnahme als rechtswidrige Amtsausübung i. S. des § 113 anzusehen!

Auf die Kenntnis des Betroffenen könnte es im übrigen schon deswegen nicht ankommen, weil die Rechtmässigkeit der Amtsausübung kein Tatbestandsmerkmal ist, das vom Vorsatz des Täters mitumfasst sein muss, sondern eine Bedingung der Strafbarkeit. Das Risiko eines Widerstandes liegt auf Seiten des Betroffenen.¹²⁰⁾

§ 36) Wie aber kann mit Sicherheit festgestellt werden, ob der Beamte die Rechtswidrigkeit der Massnahme (Anordnung) gekannt hat, und daher die Pflichtmässigkeit seines Handelns zutreffend beurteilt werden? Ein Vollstreckungsbeamter, dem Widerstand geleistet wurde, wird in dem folgenden Strafverfahren gegen den Betroffenen als Zeuge wohl stets behaupten, dass er an die Rechtmässigkeit seiner Massnahme (bzw. der Anordnung) geglaubt habe. Seine Amtsausübung wäre also dann nach dem subjektiven Offensichtlichkeitsbegriff rechtmässig gewesen. Bei dieser Sachlage wäre der Betroffene von vornherein stets im Nachteil! Hier wird nun aber entscheidend, dass der Begriff der "Offensichtlichkeit" weder nur objektiv noch nur subjektiv verstanden werden kann, sondern dass beide Elemente in starker wechselseitiger Abhängigkeit

120) Ganz h.L., vgl. vor allem die dies eingehend begründenden Ausführungen bei Maurach II, S. 550 ff, ferner Schönke-Schröder Anm. VII zu § 113, Olshausen Anm. 12 zu § 113, Leipzig Anm. 15 zu § 113. Ferner st. Rspr., vgl. z.B. RGSt. 72, 301 und BGHSt. 4, 163. Deshalb dürfte es auch nicht darauf ankommen, ob der Betroffene die Pflichtmässigkeit der Amtsausübung kennt, vgl. die Ausführungen Stratenwerths S. 189. Die Bedenken gegen die Lehre von der Pflichtmässigkeit der Amtsausübung werden noch dadurch entkräftet, dass diese Pflichtmässigkeit nicht rein nach subjektiven

stehen: Auf die tatsächliche Unkenntnis des Vollstreckungsbeamten kann es nämlich dann nicht mehr ankommen, wenn er bei pflichtgemäßem Handeln die Rechtswidrigkeit hätte erkennen müssen. Ob dies der Fall war, ist nach der objektiven Schwere der Rechtswidrigkeit als letztlich massgebendem Gesichtspunkt zu beurteilen. D.h. es kommt auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von objektiven Tatsachen im konkreten Fall an, die nur eine einzige subjektive Auffassung von der Rechtmässigkeit oder Rechtswidrigkeit der Massnahme vertretbar erscheinen lassen! Und nur bei der auf diese Weise zu beurteilenden Schwere der Rechtswidrigkeit kann die (potentielle) Kenntnis des Vollstreckungsbeamten von der Rechtswidrigkeit gleichsam unterstellt werden! Dies wird in den folgenden Erörterungen über die Prüfungspflicht des Beamten noch näher gezeigt werden.

11. Abschnitt: Art und Umfang der Prüfungspflicht des Untergebenen, bzw. Vollstreckungsbeamten.

§ 37) Es besteht eine Pflicht aller staatlichen Organe (Behörden, Vorgesetzten, Vollstreckungsbeamten, Untergebenen), für die rechtliche Zulässigkeit und sachliche Richtigkeit und Rechtmässigkeit der von ihnen zu erlassenden (erlassenen) oder zu vollstreckenden Entscheidungen (Massnahmen, Verwaltungsakte, Anordnungen) Sorge zu tragen und diese zu überprüfen, bevor (oder auch während) sie in der genannten Weise tätig werden (sind). Diese hier mit "Prüfungspflicht" bezeichnete Amtspflicht ergibt sich im Bereiche des § 113 mit zwingender Logik bereits aus der Lehre von der Pflichtmässigkeit der Amtsausübung.¹²¹⁾ Das Bestehen dieser Pflicht ist aber auch die Voraussetzung des den staatlichen Organen entgegengebrachten Vertrauens und der Erwartung, dass diese verantwortlich handeln, d.h. unter Beachtung der Voraussetzungen und Grenzen der Zulässigkeit und Richtigkeit dieses Handelns.¹²²⁾ Sie folgt ferner aus den §§ 52 I, 54 S. 2 und 56 BBG und den entsprechenden Vorschriften der anderen einschlägigen (Beamten)gesetze.

Momenten zu beurteilen ist, wie im Folgenden gezeigt werden wird.

121) Vgl. dazu Stratenwerth S. 171.

122) Vgl. die Ausführungen über Art, Umfang und Gründe der staatlichen Organen zukommenden Autorität S. 30 ff. und 33 ff. oben.

123) Vgl. Stratenwerth S. 178 und 195.

124) So RGSt. 2, 416 (s.o.S.22), 24, 390 und 55, 162, RG Recht 4, 418 ff. und 7, 280, LeipzZ 1926/S. 451, BGHSt. 2, 234 ff. und 4, 162. Schwarz aaO, Anm. 2 A b, Leipzig Anm. 11 b und Olshausen Anm. 15 a zu § 113, von Kirchenheim S. 192.

Die Prüfung der Zuständigkeit des Anordnenden (im Aussenverhältnis) wird dagegen für zulässig gehalten, weil diese seine Kräfte nicht übersteige, vgl. Stratenwerth S. 23 und 152.

Problematisch kann nur der Anlass und Umfang dieser Pflicht im Einzelnen sein. Dabei ist von vornherein klar, dass dieser Anlass und Umfang für den kraft eigener Entschliessung Handelnden (Verwaltungsbeamten, Vorgesetzten) ein anderer ist als für den kraft fremder Entschliessung Handelnden (Vollstreckungsbeamten, Untergebenen). Ersteren obliegt diese Pflicht bei jeder ihrer Massnahmen und ihr Umfang ist grundsätzlich nicht beschränkt.¹²³⁾ Bei letzteren aber ist das prinzipielle Bestehen dieser Pflicht überhaupt verneint worden.¹²⁴⁾ Der BGH¹²⁵⁾ führt dazu aus: "In einem Staat, der ersichtlich bestrebt ist, der Gerechtigkeit zu dienen und den Wert und die Würde der menschlichen Persönlichkeit zu achten, wird der Gedanke fernliegen, dass die von ihm gesetzten Normen und seine Anordnungen den Grundsätzen der Menschlichkeit und Gerechtigkeit widerstreiten könnten. Seine Behörden und Dienststellen werden im allgemeinen nicht damit zu rechnen brauchen, dass ihnen mit der Ausführung von Weisungen und Anordnungen ihrer vorgesetzten Dienststellen die Begehung von Unrecht angesonnen wird." Wenn es Sache des Vollzugsbeamten wäre, "die Rechtmässigkeit der Anordnung im einzelnen Falle zu prüfen und je nach seinem Ermessen den Vollzug zu betätigen oder zu verweigern",¹²⁶⁾ so würde das "jede ordnungsgemässe Verwaltung des öffentlichen Lebens unmöglich machen."¹²⁷⁾ Hinzu käme noch, dass der Untergebene (Vollstreckungsbeamte) in der überwiegenden Zahl aller Fälle mangels Ausbildung, Sachkunde, Dienst Erfahrung, tatsächlicher Übersicht und Zeitmangels gar nicht in der Lage wäre, festzustellen, ob eine Anordnung einen Mangel und welchen aufweist.¹²⁸⁾

Auf Grund dieser gegen die Annahme einer Prüfungspflicht bestehenden Bedenken der herrschenden Meinung kann jedoch nicht das prinzipielle Bestehen dieser Pflicht überhaupt verneint werden. Die

125) BGHSt. 2, 234 (240).

126) RGSt. 24, 380 127) LeipzZ 1926/S.451 128) Vgl. RGSt. 2, 416.

129) Oben S. 52. Dies folgt weiterhin aus den (oben S. 31/32) zitierten Ausführungen Stratenwerths über die ausnahmslos in jedem Fall bestehende Verantwortung für die Befehlsgebundenheit: Der Untergebene hat mindestens zu prüfen, ob er überhaupt gehorsamspflichtig ist, ob also im konkreten Falle eine Autoritätsäusserung vorliegt, ob sich die Anordnung etwa innerhalb der Grenzen des Unterordnungsverhältnisses hält. Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen aaO, S. 152 und das aaO, S. 156 (Anm. 33) angeführte Zitat: "Aus der Tatsache, dass der militärische Vorgesetztenbegriff sehr weit gefasst ist und der militärische Dienstbefehl so gut wie keiner Form bedarf, darf nicht argumentiert werden, dass die(se) formelle Prüfungspflicht des Soldaten geringer wäre als die des gewöhnlichen Beamten". Das Bestehen einer (beschränkten) Prüfungspflicht bejaht Stratenwerth ausdrücklich aaO, auf S. 178 ff. Ferner Plog-Wiedow aaO. Anm. 4 zu § 56 BBG: Der Beamte "hat zunächst den Sachverhalt aufzuklären, um sich eine Grundlage für

herrschende Meinung unterscheidet zu Unrecht nicht zwischen der grundsätzlichen Existenz dieser Pflicht und ihrem Umfang im konkreten Fall, worauf es aber doch entscheidend ankommt.¹²⁹⁾ Dass die Prüfungspflicht besteht, ist oben - mit wie es scheint kaum zu widerlegenden Argumenten - nachgewiesen worden.¹²⁹⁾ Aber auch der herrschenden Meinung selbst liegt die stillschweigende Annahme einer Prüfungspflicht zugrunde: So führt etwa das RG¹³⁰⁾ aus: "Der Vollstreckungsbeamte hat weder das Recht noch die Pflicht, die Gesetzmässigkeit des Auftrags zu prüfen ... Anders (!) liegt die Sache nur dann, wenn die Dienststelle, von der der Auftrag ausgeht, zu seiner Erteilung absolut unzuständig ist, wenn er also gänzlich ausserhalb des Rahmens ihrer Befugnisse liegt." Ebenso heisst es im Leipziger Kommentar:¹³¹⁾ "Die Amtsausübung des Beamten ist rechtmässig, wenn er den Auftrag im Vertrauen auf dessen Rechtmässigkeit ausführt. Eine abweichende Beurteilung ist nur dann geboten, wenn der Auftrag ganz aus dem Rahmen der anordnenden Behörde fällt oder einen Missbrauch der Amtsgewalt darstellt und der Beamte dies erkennt oder die Sachlage ihm diese Erkenntnis aufdrängt." Die logische Voraussetzung der beiden zitierten Ansichten ist eine Prüfung des Sachverhalts durch den Untergebenen. Denn ihm können z.B. hinsichtlich der Zuständigkeit der anordnenden Behörde obwaltende Bedenken überhaupt nur dann kommen, wenn er sich vorher (!) Gedanken über den Sachverhalt des konkreten Falles und damit über die Zulässigkeit (und damit Rechtmässigkeit) der konkreten Anordnung gemacht hat. Und in nichts anderem besteht diese in jedem Fall zu verlangende Prüfungspflicht: Der Untergebene (Vollstreckungsbeamte) hat sich zumindest Gedanken über den Sachverhalt zu machen, in welchen er kraft der Anordnung eingreifen soll!

§ 38) Obliegt daher auch einem Untergebenen in jedem Fall eine prinzipielle Prüfungspflicht, so ist andererseits der Umfang dieser Pflicht beschränkt. Denn "der gehorsamspflichtige Untergebene darf - im Geltungsbereich der Vermutung der Rechtmässigkeit - darauf vertrauen, dass die sachlichen Voraussetzungen für den ihm anbefohlenen Hoheitsakt vorliegen. Anders als beim

die rechtliche Prüfung zu verschaffen." Und Anm. 7 zu § 56: "Den Beamten trifft die volle persönliche Verantwortung für die Rechtmässigkeit auch bei Handlungen auf Anordnung". Allgemein ist zu sagen: Wenn die einschlägigen, die Gehorsamspflicht eines Beamten oder Soldaten regelnden Gesetze auf die "Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit bzw. Strafrechtswidrigkeit der Anordnung abstellen, so setzen sie ebenfalls eine Prüfungspflicht bereits voraus.

130) RGSt. 55, 161 ff. (162 und 163).

131) Anm. 11 b zu §113.

Handeln auf Grund eigener Entschliessung kann der befehlsgebundene Beamte oder Soldat nicht verpflichtet sein, in vollem Umfang nachzuprüfen, ob die von ihm zu vollziehende Anordnung sachlich begründet ist. Dies folgt nicht nur aus praktischen Gründen wie der Gefahr einer Verzögerung oder Vereitelung eines Vollzugs, (sondern es gilt auch: Wer eine uneingeschränkte Prüfungspflicht behauptet, leugnet ... die Autorität der befehlenden Stelle und damit schon die Grundlage der Gehorsampflicht. Die Alternative ist unausweichlich. Beide Pflichten können nicht zusammen bestehen."¹³²⁾ In der überwiegenden Zahl aller Fälle wird sich die Prüfungspflicht auch in der Vergegenwärtigung des konkreten Sachverhalts durch den beauftragten Beamten (Soldaten) erschöpfen. Eine darüber hinausgehende Pflicht, etwa die Anordnung auch in rechtlicher Hinsicht (allgemeine Zulässigkeit und inhaltliche Rechtmässigkeit) zu überprüfen, wird nur in besonderen Fällen angenommen werden können: Wenn besondere Umstände, die dem Beauftragten schon bei der Vergegenwärtigung des Sachverhalts unschwer auffallen und in ihm starke Zweifel an der Rechtmässigkeit der Anordnung aufkommen lassen müssen, vorliegen. Diese Umstände müssen dem Untergebenen tatsächlich bekannt gewesen sein oder es muß zumindest angenommen werden können, dass sie ihm bekannt waren. Denn nur dann kann man ihn zu einer näheren (rechtlichen) Prüfung der Anordnung überhaupt für verpflichtet halten.¹³³⁾ Für die Annahme der potentiellen Kenntnis des Untergebenen von der Rechtswidrigkeit der Anordnung in Fällen, in denen zweifelhaft ist, ob dieser der ihm im konkreten Fall obliegenden Prüfungspflicht ordnungsgemäss nachgekommen ist, d.h. aber nichts anderes als: ob er pflichtgemäss gehandelt hat, ist nun die bereits oben erwähnte Abhängigkeit von objektiven Tatsachen und subjektiven Momenten ausschlaggebend. Denn es kommt auf die objektiv mehr oder minder grosse Auffälligkeit dieser oben genannten "besonderen Umstände" an, wenn die Frage zu entscheiden ist, ob der Untergebene im konkreten Fall eine erhöhte Prüfungspflicht hatte (d.h. eine solche, die sich auch auf die Berücksichtigung dieser "besonderen Umstände" erstrecken musste) und ob er pflichtgemäss gehandelt hat. Weichen diese "besonderen Umstände", die eine grössere Prüfungspflicht veranlassen können, nicht stark von der Regel ab, so ist der Prüfungspflicht genügt, wenn der Untergebene nach Feststellung dieser Umstände sich auf die Autorität seines

132) Stratenwerth S. 178

133) Vgl. dazu auch Stratenwerth S. 178/179.

Vorgesetzten verlässt: Ihm ist dann nicht der Vorwurf zu machen, dass er seiner Prüfungspflicht nicht in der erforderlichen Weise nachgekommen sei, weil sein Glaube, dass die Entscheidung des Vorgesetzten schon richtig sein werde und nur ihm (dem Untergebenen) wegen der ihm fehlenden Sachkunde und Übersicht nicht unmittelbar richtig erscheine, im Hinblick auf die objektiven Umstände des Einzelfalles vertretbar erscheint. Je stärker aber diese - für den Untergebenen erkennbaren - Umstände von der allgemeinen Norm abweichen, d.h. aber je grösser die Erkennbarkeit dieser objektiven Umstände, die eine Rechtswidrigkeit der Anordnung bedingen könnten, für den Untergebenen ist, je stärker sich ihm daher Zweifel an der Rechtmässigkeit geradezu aufdrängen (müssen), umso eher besteht und desto grösser ist seine Prüfungspflicht auch hinsichtlich der (rechtlichen) Zulässigkeit und Richtigkeit der Anordnung.^{133a)} So veranlasst etwa die sich aus den objektiven Umständen des Einzelfalles ergebende Schwere und Bedeutung eines Eingriffs den Untergebenen zu einer näheren Prüfung der entsprechenden Anordnung, weil sich gerade wegen dieser Schwere des Eingriffs auch eine eventuelle Rechtswidrigkeit der Anordnung als besonders schwerwiegend im Hinblick auf die Folgen erweisen könnte.¹³⁴⁾

133a) Bedeutung wird bei dieser Frage auch (auf den ersten Blick) vernünftig und zutreffend erscheinenden ("liquiden") Einwänden des Betroffenen zuzubilligen sein: Solche Einwände können im konkreten Fall eine auf sie bezügliche Prüfungspflicht des Vollstreckungsbeamten begründen, bzw. den Umfang dieser Pflicht erweitern.

134) Vgl. RGSt. 59, 337: "Je schwerer der in einem Befehl liegende Eingriff ist, desto grössere Sorgfalt ist bei der Prüfung geboten und desto eher wird aus einem unsachgemässen Ergebnis auf ein ungenügendes Mass von Sorgfalt geschlossen werden können". Ebenso Stratenwerth S. 161. Wird etwa der Befehl zur Tötung eines Menschen erteilt, so verlangt schon die Schwere dieses Eingriffs und die Bedeutung des betroffenen Rechtsguts - letzterem ist auch nach Stratenwerth S. 206 besondere Beachtung beizumessen -, dass der Untergebene die Rechtmässigkeit des Befehls näher untersucht, auch wenn ihm an sich bei der Vergegenwärtigung des Sachverhalts keine Mängel des Befehls auffallen. In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung kommt auch der BGH (in der E BGHSt. 2, 234 ff., 239) zu der Auffassung, dass die Kenntnis des Untergebenen von der Rechtswidrigkeit einer Anordnung in solchen Fällen einfach als wahrscheinlich vorhanden angenommen werden muss. (Die Bedeutung der objektiven Schwere der Rechtswidrigkeit (auch) für die Frage der Erkennbarkeit dieser Rechtswidrigkeit ergibt sich z.B. aus § 56 II 3 BBG und 65 BayBG auch insoweit, als diese Vorschriften bei einem Verstoß gegen die Menschenwürde dessen Erkennbarkeit überhaupt nicht erwähnen. Ein solcher Verstoß wird eben vielmehr von diesen Vorschriften als so schwer angesehen, dass es auf die Prüfung seiner Erkennbarkeit durch den Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) gar nicht ankommen kann, bzw. (richtiger): dass seine Erkennbarkeit durch den Untergebenen usw. einfach unterstellt wird.) Bei der Beschlagnahme einer Sache dagegen kann sich der Untergebene grundsätzlich damit begnügen, auf die Rechtmässigkeit

Kommt nun aber der Untergebene auf Grund der ihm obliegenden (im konkreten Fall mehr oder minder grossen) Prüfungspflicht zu dem Ergebnis, dass die Anordnung rechtmässig ist, dann wird das im konkreten Fall bedeuten, dass die Anordnung gar keinen oder nur einen geringen Mangel aufweist, oder dass zwar die Rechtswidrigkeit der Anordnung - objektiv gesehen - nicht als gering anzusehen ist, dem Untergebenen jedoch wegen der besonderen Umstände des konkreten Falles nicht auffallen könnte. Dann ist eine solche Anordnung durch die Vermutung der Rechtmässigkeit gedeckt, d.h. sie ist verbindlich und ihre Durchführung muss vom Betroffenen geduldet werden: Die Amtsausübung ist rechtmässig, weil der Untergebene (Vollstreckungsbeamte) pflichtmässig gehandelt hat. Bei der nachträglichen (d.h. im Strafverfahren gegen den Betroffenen, der Widerstand geleistet hat, vorzunehmenden) Prüfung der Rechtmässigkeit der Anordnung ist also stets zunächst zu untersuchen, welche Umstände dem Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) bekannt waren, bzw. ihm hätten bekannt sein müssen, und dann, ob er diese Umstände richtig, d.h. pflichtgemäss und verantwortlich, geprüft hat und nach dem Ergebnis dieser Prüfung gehandelt hat.

keit der Anordnung kraft der Autorität des Vorgesetzten zu vertrauen.

Aus dem Ergebnis, dass die Schwere der Rechtsverletzung (u.a. also die des Eingriffs) der letzte massgebende Abgrenzungsgesichtspunkt ist - vgl. dazu auch oben S. 47/48 -, ergibt sich aber noch eine andere Folgerung: Wenn etwa ein Untergebener bei - objektiv gesehen - leichteren Rechtsverstössen einer Anordnung diese Rechtswidrigkeit mit absoluter Sicherheit erkennt, weil diese Erkenntnis durch nur ihm auf den ersten Blick bekannte oder erkennbare Umstände begünstigt wird (z.B. weil er die für sein Tätigkeitsgebiet geltenden Vorschriften auf Grund längerer Dienst Erfahrung besonders gut kennt und ihm daher auch leichtere Verstösse gegen diese Vorschriften auffallen und mit Sicherheit bekannt werden), während die objektiv allgemein ersichtlichen Umstände des Falles nicht derart beschaffen sind, dass sie nach den obigen Ausführungen dem Untergebenen die Rechtswidrigkeit geradezu aufdrängen mussten (oder ihn zumindest zu einer intensiveren Prüfungspflicht veranlassen mussten), so kann diese nach dem subjektiven Offensichtlichkeitsbegriff zwar "offensichtliche" Rechtswidrigkeit der Anordnung trotzdem nicht die Unwirksamkeit (Unverbindlichkeit) dieser Anordnung zur Folge haben, weil dazu stets auch eine gewisse Schwere der Rechtswidrigkeit nötig ist. Diese wäre etwa dann vorhanden, wenn sich der an sich leichte, dem Untergebenen aber trotzdem mit Sicherheit bekannte Rechtsverstoss der Anordnung dem Betroffenen gegenüber zu einem besonders schweren Eingriff entwickeln würde (Körperverletzung, Freiheitsberaubung). Wird dem Untergebenen demnach etwas aufgetragen, was gegenüber dem Betroffenen zu einer strafbaren Handlung führen muss, und erkennt dies der Untergebene, so ist die Rechtswidrigkeit der Anordnung als besonders schwer anzusehen, weil nur die wichtigsten Rechtsgüter des Einzelnen strafrechtlich geschützt sind. Sie ist in diesem Falle (aber nicht stets bei der objektiven Strafbarkeit des Aufgetragenen, vgl. oben S. 25/26) auch beachtlich, weil hier

Hat er daher die Rechtmässigkeit überhaupt nicht geprüft, obwohl die objektiven und für ihn erkennbaren Umstände des Falles ihn dazu gerade drängen mussten, oder hat er die Rechtswidrigkeit nicht erkannt, obwohl sie für ihn - wie sich bei der nachträglichen Untersuchung ergibt - bei pflichtgemässer, d.h. den Umständen des Falles angemessener Prüfung erkennbar gewesen wäre, so ist ihm der Vorwurf mangelnder Pflichtmässigkeit der Amtsausübung zu machen. Er hatte dann geradezu die gegen ihn verübte Widerstandsleistung in "schuldhafter" Weise selbst veranlasst und verdiente keinen Schutz mehr. Seine Amtsausübung ist in einem solchen Falle wegen der objektiven Schwere der Rechtswidrigkeit der Anordnung, die die Behauptung, er habe die Rechtswidrigkeit nicht erkannt oder nicht erkennen können, als unwahrscheinlich und daher unbeachtlich erscheinen lässt, als rechtswidrig i.S. von § 113 anzusehen. Sie wird wegen dieser Schwere der Rechtswidrigkeit der Anordnung nicht mehr von der Vermutung der Rechtmässigkeit gedeckt. Einer Erörterung bedarf noch der Fall des § 56 II BBG, wenn nämlich der Untergebene, dem Bedenken hinsichtlich der Rechtmässigkeit der Anordnung gekommen sind, diese dem Vorgesetzten unterbreitet. Dann ist auch der nun folgenden Handlungsweise des Vorgesetzten eine Bedeutung beizumessen. Dabei interessiert hier nur der Fall, dass der Vorgesetzte die Anordnung trotz der Bedenken des Untergebenen ohne Abänderung voll aufrechterhält. Hier können dann an die weitere unter Umständen nun erneut erforderliche Prüfungspflicht des Untergebenen keine grossen Anforderungen mehr gestellt werden. Denn dieser wird hier aus diesem Verhalten des Vorgesetzten den dann (!) durchaus vertretbaren Schluss ziehen, dass dieser (nach nochmaliger Prüfung) die Rechtmässigkeit bejaht hat. Es besteht dann erst recht eine Vermutung für die Rechtmässigkeit dieser Anordnung. Aber auch hier muss trotz des genannten Verhaltens des Vorgesetzten in besonders krassen Fällen von Rechtswidrigkeit die Erkennbarkeit dieser Rechtswidrigkeit durch den Untergebenen angenommen werden (mit den oben genannten Folgen).

noch die sichere Kenntnis des Untergebenen von der Strafbarkeit hinzukommt, die eine Durchführung dieser Anordnung als pflichtwidrige Amtsausübung erscheinen lassen würde. Die Folge ist dann selbstverständlich die Unverbindlichkeit der Anordnung und die Zulässigkeit des Widerstandes gegen ihre Ausführung. Auf diese sichere Kenntnis oder mit Sicherheit anzunehmende Kenntnis des Untergebenen kommt es aber an. Und sie können nur bei besonderer objektiver Schwere der Rechtswidrigkeit angenommen werden. Daher gibt es praktisch gar keinen Fall eines objektiv gesehen nur leichteren Grades von Rechtswidrigkeit einer Anordnung, bei dem die Kenntnis des Untergebenen von dieser Rechtswidrigkeit mit Sicherheit angenommen werden könnte. Nur bei objektiv schweren Mängeln einer Anordnung wird die Vermutung der Rechtmässigkeit überhaupt soweit entkräftet werden, dass etwaige Zweifel eines Untergebenen ./.

12. Abschnitt: Bedeutung einer Pflichtenkollision bei vorliegendem Problem.

§ 39) Zu denselben Ergebnissen kommt grundsätzlich auch Stratenwerth.¹³⁵⁾ Nach seiner Auffassung ist eine durch eine rechtswidrige Anordnung veranlasste Amtsausübung nur dann rechtswidrig im Sinne des § 113, wenn die Anordnung unter keinen wie immer gearteten Umständen rechtmässig sein kann, oder wenn sie ein strafbares Tun aufträgt, das für den Untergebenen erkennbar ist. Stratenwerth versucht dabei, das gesamte Problem unter dem Gesichtspunkt der Pflichtenkollision zu lösen.¹³⁵⁾ In den beiden genannten Fällen (in denen also die Rechtswidrigkeit der Anordnung als besonders krass erscheint) hat ein Untergebener bei der stets bei Rechtswidrigkeit einer Anordnung bestehenden Kollision zwischen seiner Gehorsampflicht als Untergebener gegenüber der anordnenden Instanz und seiner allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht, die Rechtsordnung zu wahren, vor allem keine strafbaren Handlungen zu begehen, der letzteren Pflicht als der in diesem konkreten Fall höherstehenden¹³⁶⁾ den Vorzug zu geben.¹³⁷⁾ Er ist daher zur Ausführung der Anordnung nicht verpflichtet. Sein Handeln wäre in diesem Falle eine rechtswidrige Amtsausübung. Denn die Verbindlichkeit einer Anordnung ist entscheidend für die Auslegung des Begriffes der Rechtmässigkeit in § 113.

Bei dieser Auffassung Stratenwerths ist zu beachten, dass er bei seinen gesamten Ausführungen aaO. in erster Linie die Frage zu lösen versucht, wann ein Untergebener gegenüber einer rechtswidrigen Anordnung gehorsampflichtig ist. Betrachtet man aber dieses Problem für sich allein, d.h. isoliert von den anderen eng mit ihm zusammenhängenden, also auch von vorliegendem Hauptproblem, so ist anzuerkennen, dass für die Lösung dieses Problems die Konstruktion und Entscheidung einer Pflichtenkollision die - in systematischer Hinsicht - beste Lösungsmethode ist. Eine etwaige Pflichtenkollision des Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) kann aber bei der Lösung des Problems des Einflusses einer rechtswidrigen Anordnung auf die Beurteilung der Rechtmässigkeit ihrer Durchführungsmassnahmen gegenüber den Betroffenen (d.h. im Aussen-

oder Betroffenen die Oberhand gewinnen und dieser von der Richtigkeit seiner Erkenntnis der Rechtswidrigkeit so überzeugt sein wird, dass er eine tatsächliche Gehorsamsverweigerung oder Widerstandsleistung wagen wird. Damit dürfte auch den Bedenken Stratenwerths (aaO, S. 168, 202 u. 203) der Boden entzogen sein.

135) Stratenwerth aaO, S. 145, 165 ff., 179 f., 181, 186, 192 ff.

136) Stratenwerth S. 9.

137) Stratenwerth S. 167 und 169.

verhältnis) nicht von primärer Bedeutung sein. Es ist zwar denkbar, dass eine solche Pflichtenkollision eine Auswirkung auf den Betroffenen haben könnte. Stratenwerth meint z.B., "dass die besonderen Rechtspflichten bestimmter Personen auch von denen respektiert werden müssen, die sie nicht treffen ... Diese Auswirkung von Rechtspflichten wird ... durch allgemeine Erwägungen bestätigt. Wenn und soweit die Gehorsamspflicht anderen Rechtspflichten vorgeht, wird diese axiologische Entscheidung durch die Bedeutung gerechtfertigt, die der Wahrung der Autorität der Staatsorgane im Rahmen der Gesamtordnung zukommt. Ob staatliche Anordnungen respektiert werden, geht nicht nur die unmittelbar Beteiligten an, es ist für den Bestand der Ordnung überhaupt wesentlich. Man kann und muss daher von den Betroffenen die Einsicht erwarten, dass die Befolgung einer autoritativen Entscheidung - in den bezeichneten Grenzen^{137a)} - wichtiger ist, als die Wahrung anderer Rechtspflichten und Rechte."¹³⁸⁾ Diesen Ausführungen ist zuzustimmen; sie vermögen aber nicht in überzeugender Weise nachzuweisen, dass die Pflichtenkollision der Vollziehungsbeamten (!) eine derart weitgehende Wirkung im Verhältnis zwischen Staat und Betroffenen haben kann.¹³⁹⁾ Denn was interessiert es einen von einer rechtswidrigen staatlichen Massnahme Betroffenen, ob sich der diese Massnahme vollstreckende Beamte in einer Pflichtenkollision befindet? Es wurde hier dargetan, dass die Wirksamkeit eines staatlichen Aktes gegenüber allen Beteiligten auf demselben Grund beruht, nämlich der Autorität der staatlichen Behörde und der Vermutung der Rechtmässigkeit. Diese beiden Tatsachen allein haben letztlich die Folge, dass auch rechtswidrige staatliche Massnahmen gegenüber dem davon Betroffenen grundsätzlich wirksam sind. Nicht aber geht diese Wirkung letztlich auf das Bestehen einer Pflichtenkollision des die rechtswidrige Massnahme vollstreckenden Beamten zurück.¹⁴⁰⁾

137a) Dies sind aber auch nach Stratenwerth das Bestehen einer Autorität der staatlichen Behörde und der Vermutung der Rechtmässigkeit ihrer Entscheidung, vgl. aaO, S. 127, 133, 135 f., 138 f., 138) aaO, S. 186 f. ^{152 f. usw.}

139) Aus diesen Sätzen ist eher zu entnehmen, dass eine Pflichtenkollision des Betroffenen besteht und dieser in gewissen Fällen der für ihn bestehenden Pflicht, auch rechtswidrige staatliche Massnahmen zu respektieren und damit die staatliche Ordnung zu wahren, den Vorrang zu geben hat. Aber welche andere Pflicht steht dieser Pflicht überhaupt allgemein gegenüber? Was soll endlich "die Einsicht" des Betroffenen mit der Lösung eines rechtlichen Problems zu tun haben?!

Stratenwerth selbst aber scheint letztlich - nicht nur mit die-

Wenn aber auch die Frage des Bestehens einer Gehorsamspflicht letztlich davon abhängt, ob der anordnenden Instanz Autorität zukommt oder nicht, dann erscheint die hier vertretene Art der Lösung systematischer, weil sie beide Probleme: das der Verbindlichkeit einer rechtswidrigen staatlichen Anordnung für den Untergebenen und das der Wirksamkeit (Vollstreckbarkeit) einer solchen Anordnung gegenüber dem Betroffenen praktisch als ein Problem sehen und behandeln kann, nämlich als das Problem der Wirksamkeit einer rechtswidrigen staatlichen Massnahme überhaupt, und weil sie dieses Problem unter einem einheitlichen Gesichtspunkt zu lösen vermag.

Eine Entscheidung unter Heranziehung des Gesichtspunktes einer Pflichtenkollision kann daher nicht etwa einen systematisch selbständigen (oder gar den richtigeren) Weg zur Lösung vorliegenden Hauptproblems darstellen, sondern ist nur eine Art der Lösung eines speziellen Problems aus dem umfassenden Problem der Wirksamkeit rechtswidriger staatlicher Massnahmen überhaupt, nämlich der Verbindlichkeit einer rechtswidrigen Anordnung für die Untergebenen. Die bei der Lösung dieses umfassenden Problems gefundenen Gesichtspunkte müssen daher - wenn eine systematische, allgemeingültige Lösung angestrebt wird - auch für die Lösung des speziellen Problems herangezogen werden, zumal oben gezeigt wurde, dass sie auch gerade für dieses spezielle Problem (der Verbindlichkeit der Massnahme für die zu ihrer Vollstreckung Berufenen) entscheidende Bedeutung haben.

Im übrigen gibt es nach der hier vertretenen Auffassung gar keine Pflichtenkollision des Untergebenen. Denn entweder ist die Rechtswidrigkeit der Anordnung nicht als sehr schwer anzusehen, dann ist die Anordnung verbindlich, ihre Durchführung eine rechtmässige Amtsausübung. Ist aber eine Anordnung wegen ihrer besonders schweren Rechtswidrigkeit unverbindlich, so heisst das doch nichts anderes als dass ein Untergebener ihr nicht gehorchen muss. Die Ansicht Stratenwerths, dass eine Gehorsamspflicht stets bestehenbleibe, auch wenn sie im konkreten Fall gegenüber der allgemeinen

sen Ausführungen - auf die Autorität der handelnden staatlichen Behörde und die Vermutung der Rechtmässigkeit ihrer Massnahmen abzustellen, (vgl. Fussnote 137), so dass seine eben zitierten Ausführungen, welche ja eigentlich die erwähnte Auswirkung der Pflichtenkollision der Vollstreckungsbeamten im Aussenverhältnis zum Betroffenen nachweisen sollen, noch mehr an Überzeugungskraft verlieren.

140) Vgl. dazu nochmals die Fussnoten 137 und 139.

Pflicht, die Strafgesetze nicht zu verletzen, zurücktrete,¹⁴¹⁾ ist unlogisch: In einem solchen Falle ist die Anordnung unverbindlich. Deswegen besteht überhaupt keine Gehorsamspflicht mehr. Denn ist eine "verbindliche" Anordnung denkbar, die nicht ausgeführt zu werden braucht oder gar: nicht ausgeführt werden darf?

§ 40) Erst recht ist keine Pflichtenkollision des Betroffenen ersichtlich.¹⁴²⁾ Denn welche Pflichten sollten sich für diesen Fall in seiner Person gegenüberstehen? Es ist nur die Pflicht ersichtlich, staatliche Akte zu respektieren. Aber auch bei der Behauptung dieser Pflicht erhebt sich die für die Lösung einer Pflichtenkollision des Betroffenen wichtige Frage, warum diese Pflicht überhaupt besteht. Eine ihr entgegengesetzte Pflicht, etwa darauf zu achten, dass nur auf Grund rechtmässiger staatlicher Massnahmen in seine Rechts- und Interessenssphäre eingegriffen wird, anzunehmen, wäre abwegig.

Im übrigen: Wollte man eine Lösung vorliegenden Problems auf derartige Weise finden, so käme hier nicht der Bedanke der Pflichtenkollision zum Zuge, sondern eher der - auf einer ähnlichen Ausgangsbasis beruhende - Gesichtspunkt der Güterabwägung.¹⁴³⁾ Die sich gegenüberstehenden Güter wären die Unversehrtheit der Rechts- und Interessenssphäre des Einzelnen, in welche nur auf Grund eines rechtmässigen staatlichen Aktes eingegriffen werden dürfte, und der Wert der staatlichen Ordnung, der ungehinderten Durchführung der staatlichen Zwecke und des dazu nötigen reibungslosen Funktionierens staatlicher Organe andererseits. Aber weder kann dem einen oder anderen der sich hier gegenüberstehenden "Güter" von vornherein der höhere Wert zugebilligt werden,¹⁴⁴⁾ noch kann dies im konkreten Fall erfolgen, denn beide "Güter" bestehen auch im konkreten Fall, und zwar uneingeschränkt und von gleicher Intensität. Eine Güterabwägung setzt aber in jedem konkreten Fall eine Entscheidung über den Wert der sich gegenüberstehenden Güter voraus. Der Grad der Rechtswidrigkeit einer staatlichen Massnahme könnte natürlich diese Entscheidung bei dem hier vorliegenden Problem beeinflussen. Aber die Entscheidung

141) Vgl. aaO, S. 167 und 178.

142) Die Annahme einer solchen Pflichtenkollision könnte allerdings aus den oben zitierten Ausführungen Stratenwerths entnommen werden, vgl. Fussnote 139 (S. 60).

143) Vgl. das Zitat bei Stratenwerth S. 166 (unten) und Stratenwerth S. 167.

144) Wenn auch, wie Wolff aaO, S. 107 feststellt, eine Vermutung für die Höherwertigkeit der öffentlichen Interessen (Güter) spricht.

über den Wert und das Verhältnis von "Gütern" kann nicht mit absoluter Wirkung getroffen werden, d.h. so, dass sie den Wertmaßstäben aller Beteiligten entspricht. Es ist daher, wenn man die oben entwickelten Gesichtspunkte für die Entscheidung vorliegenden Problems heranzieht, also das (Nicht)bestehen von Autorität der im konkreten Fall tätiggewordenen staatlichen Behörde und der Vermutung für die Rechtmässigkeit ihrer Massnahmen, leichter zu entscheiden, ob eine konkrete staatliche Massnahme noch von der Autorität der Behörde und der Vermutung der Rechtmässigkeit gedeckt wird, als die Frage, welchem der oben genannten "Güter" im konkreten Fall den Vorzug verdient. Damit erscheint der hier eingeschlagene Weg zur Lösung vorliegenden Hauptproblems nicht nur als der richtigste in theoretisch-systematischer, sondern auch in praktischer Hinsicht!

13. Abschnitt: Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse.

Die Anordnung eines staatlichen Beamten oder eine sonstige von einer staatlichen Behörde ausgehende Massnahme ist dann sowohl gegenüber dem beauftragten Untergebenen (oder Vollstreckungsbeamten) unverbindlich als auch ist ihre Durchführung (Vollstreckung) durch den Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) eine rechtswidrige Amtsausübung im Sinne des § 113, wenn

1) (Im Allgemeinen) die Massnahme objektiv offensichtlich rechtswidrig ist, also unter keinen wie immer gearteten Umständen rechtlich zulässig und rechtmässig sein kann. Hier kommt es dann auf die wirkliche Kenntnis des Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) von der Rechtswidrigkeit nicht an.¹⁴⁵⁾

2) (In Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit der staatlichen Massnahme von den Umständen des Einzelfalles abhängt:) Wenn die Massnahme (Anordnung) einen objektiv besonders schweren Mangel aufweist, insbesondere ihre Ausführung zu einer strafbaren Handlung führen würde, so dass dieser besonders schwere Mangel dem Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) bekannt geworden ist oder diese Kenntnis (unter Zugrundelegung einer pflichtgemässen Handlungsweise des Beamten) als wahrscheinlich vorhanden unterstellt werden kann.

145) Vgl. nochmals die Ausführungen auf S. 56, vor allem Fussnote 134, ferner die E des OLG Freiburg, abgedruckt in der JZ 1951/ S. 85 ("Guter Glaube des Untergebenen ist bei "offenkundiger" Rechtswidrigkeit des Befehls gleichgültig.")

In diesem Zusammenhang kann zur Verdeutlichung der hier angestrebten Lösungsmethode auf die Ausführungen von Maurach¹⁴⁶⁾, Dreher¹⁴⁷⁾ und Arndt¹⁴⁸⁾ zu § 5 WStG hingewiesen werden: Bei "Offensichtlichkeit" des verbrecherischen Charakters der befohlenen Tat werde der Vorsatz des Täters (Untergebenen) "fingiert". Die Ausführungen der Genannten aaO gelten zwar in erster Linie der Betrachtung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beamten; die "potentielle" (d.h. auf Grund objektiver Tatsachen fingierte) Kenntnis des Untergebenen von der (krassen) Rechtswidrigkeit der Anordnung hat jedoch auch Bedeutung für die Beurteilung der Zulässigkeit einer (dagegen gerichteten) Widerstandsleistung, d.h. für die Beurteilung der Verbindlichkeit der Anordnung¹⁴⁹⁾. Es besteht ein Zusammenhang zwischen Verbindlichkeit der Anordnung, Straflosigkeit des Untergebenen für die Ausführung der Anordnung und Rechtmässigkeit der Ausführungshandlungen des Untergebenen i.S. des § 113! Nach der hier vertretenen Auffassung sind nämlich die Gründe und die Grenzen der Verbindlichkeit, der Straflosigkeit und der Rechtmässigkeit im obigen Sinne die gleichen. Gerade die zitierte Auffassung der Letztgenannten zeigt, dass jede systematische Lösung sich in dieser Richtung bewegen muss.

146) Maurach I (§ 38 II B 2 d, bb = 5382)

147) In: JZ 1957/S. 396.

148) In: "Goltdammers Archiv für Strafrecht", 1957/S. 50.

149) S. oben S. 28.

III. T e i l

=====

Auch vorstehende theoretische Formel ist immer noch nicht geeignet, im konkreten Fall eine Entscheidung vorliegenden Problems herbeizuführen, die vorher von allen Beteiligten mit Sicherheit vorausgesagt werden kann. Dies ist aber bei allen Grundproblemen des Rechts der Fall¹⁾: Für ihre Entscheidung im Einzelfall lassen sich meist nur grundsätzliche theoretische Formeln finden, deren Anwendung und Ausfüllung Aufgabe von Rechtslehre und Rspr. ist. Ähnlich ist es etwa bei den §§ 138 und 242 BGB (gewesen): Die Begriffe der "guten Sitten" und von "Treu und Glauben" haben im Laufe der Jahrzehnte durch Rechtslehre und Rspr. eine Ausgestaltung und Ausprägung erfahren, die es ermöglichen, jeden konkreten Fall unter die dabei gefundenen Grundsätze und Fallgruppen zu subsumieren. Aber auch für den fehlerhaften (rechtswidrigen) Staatsakt hat die als herrschende Meinung anzusehende Gravitäts-Evidenz-Theorie Grundsätze aufgestellt, die zwar speziell für die Vollstreckung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts gelten, aber (mit den sich aus der Natur der Sache ergebenden Einschränkungen) auch auf eine sonstige rechtswidrige Anordnung eines staatlichen Organs angewendet werden können. Diese Grundsätze sollen nun erörtert werden. Dabei wird sich erweisen, dass sie sämtlich auf obige allgemeine Formel zurückgeführt werden können. Gleichzeitig wird aber diese Formel dadurch konkretisiert.

1. Abschnitt: Zuständigkeitsmängel einer staatlichen Anordnung (Massnahme).

§ 41) Bevor die Auswirkung von Mängeln einer Anordnung, die auf der Unzuständigkeit der anordnenden Instanz beruhen, auf die Rechtmässigkeit ihrer Vollstreckungsmassnahmen erörtert werden soll, sind einige Bemerkungen über die Bedeutung der Zuständigkeitsnormen überhaupt angebracht. Die Verteilung der staatlichen Aufgaben auf verschiedene staatliche Organe und Behörden wurde im Laufe der Entwicklung der Menschheit notwendig durch die starke Zunahme der staatlichen Aufgaben nach Art und Umfang. Sie haben sich nunmehr so sehr spezialisiert und die zu ihrer Erledigung erlassenen Rechtsvorschriften haben sich so sehr ver-

1) Und um ein solches handelt es sich ja hier, vgl.oben S. 4.

mehrt und spezialisiert, dass sie ordnungsgemäss nur noch von Behörden und Beamten erfüllt und durchgeführt werden können, die gerade für das einzelne beschränkte Sachgebiet eingerichtet (bzw. ausgebildet und geschult) worden sind. Nur diese ebenso spezialisierten Behörden und Beamten sind prima facie in der Lage, Entscheidungen zu treffen, welche die Besonderheiten der ihnen übertragenen Aufgaben in zutreffender Weise zu berücksichtigen vermögen, denen also das mögliche Höchstmass von "Richtigkeit", Zweckmässigkeit und damit Rechtmässigkeit zukommt und die daher auch die Rechts- und Interessenssphäre der davon betroffenen Staatsbürger so wenig wie möglich, d.h. nur so weit wie nötig, beeinträchtigen. Der besonderen Sachkunde der zuständigen Behörde kommt also grosse Bedeutung zu:²⁾ Massnahmen einer unzuständigen Behörde werden daher in der Regel nicht richtig (sachdienlich, zweckmässig, erforderlich, der staatlichen Aufgabe angemessen usw.) sein, ja die unrichtige Handhabung der einschlägigen Gesetze kann den Betroffenen sogar einen Schaden bringen. Dies gilt vor allem für die sachliche Unzuständigkeit. Bei der örtlichen Unzuständigkeit verfügt die (unzuständige) Behörde grundsätzlich über die entsprechende Sachkunde im Allgemeinen. Aber ihr sind die örtlichen Verhältnisse nicht in dem Masse vertraut wie der örtlich zuständigen Behörde. Da aber jede Massnahme der staatlichen Exekutive möglichst den Verhältnissen des konkreten Falles angepasst sein soll und nur dann ein Höchstmass von Sachdienlichkeit und Richtigkeit erreicht, besteht auch hier die Gefahr, dass Massnahmen der örtlich unzuständigen Behörde sachlich unrichtig sind und die Betroffenen zu Unrecht oder übermässig beeinträchtigen. Diese Gefahr ist allerdings nicht so bedeutend wie bei der sachlichen Unzuständigkeit. Der örtlichen Unzuständigkeit wird daher heute geringere Bedeutung beigemessen.^{2a)} Für die funktionelle Unzuständigkeit³⁾ gilt z.B.: Beim Handeln der höheren an Stelle der niederen Behörde ist erstere entweder Aufsichts- oder Rechtsmittelinstanz (Anderenfalls nämlich kann von höherer und niederer Behörde und funktioneller Zuständigkeit gar nicht gesprochen werden. Beim Handeln einer anderen Behörde, die mit der an sich zuständigen nicht in einem solchen Zusammenhang steht, liegt ein Fall von sachlicher Unzuständigkeit vor): Dann ist sie aber grundsätzlich ebenso wie

2) Vgl. die Ausführungen Stratenwerths aaO, S. 21/22, 108, 138 und 139.

2a) Vgl. Mayer aaO, S. 82 und Fussnote 32 (oben S. 18)

3) Über die Begriffe vgl. die Ausführungen auf S. 10 und 11.

die niedere Behörde zu einer sachlich richtigen Entscheidung befähigt. Handelt aber umgekehrt die niedere Behörde an Stelle der höheren, so ist im Falle einer nur funktionellen Unzuständigkeit (wenn die höhere Behörde also Aufsichts- oder Rechtsmittelinstanz ist) die niedere Behörde sowieso die für eine Sachentscheidung primär zuständige Instanz, denn anderenfalls würde es sich auch hier um einen Fall sachlicher Unzuständigkeit handeln. Allgemein kann die funktionelle Unzuständigkeit als ein Fall "relativer" sachlicher Unzuständigkeit angesehen werden (d.h. die Zuständigkeit des im konkreten Fall tätig gewordenen Staatsorgans ist für diesen Fall nicht allgemein ausgeschlossen, sondern nach den einschlägigen Rechtsnormen möglich, muss aber im konkreten Fall wegen fehlender Tatbestandsvoraussetzung(en) verneint werden.^{3a)}

§ 42) Bei Zuständigkeitsmängeln einer staatlichen Massnahme hat sich der Maßstab der "Offensichtlichkeit"⁴⁾ im Verwaltungsrecht weitgehend durchgesetzt: Eine solche Massnahme (Anordnung) ist wegen Unzuständigkeit der anordnenden Instanz nur dann unwirksam (nichtig, unverbindlich), wenn diese "absolut (unbedingt) unzuständig" ist.⁵⁾ In der Regel sind Massnahmen einer unzuständigen Behörde wirksam (d.h. verbindlich und vollstreckbar, also rechtmässig i.S. des § 113).⁶⁾ Dies beruht - wie bereits dargelegt wurde - auf der Autorität der staatlichen Behörden und der Vermutung der Rechtmässigkeit ihrer Akte. Auch bei Inanspruchnahme einer Kompetenz haben diese beiden Phänomene in Zweifelsfällen die Wirkung, dass die richtige Inanspruchnahme der Kompetenz durch die betreffende Behörde vermutet wird⁷⁾, damit aber auch die "Kompetenz" des Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) zur Ausführung dieser Massnahmen.⁸⁾ Diese Vermutungen werden - wie allgemein - auch bei Unzuständigkeit einer Behörde in bestimmten Fällen entkräftet: Wenn die Unzuständigkeit derart "offensichtlich" ist (d. h. als derart krass anzusehen ist), dass unter Berücksichtigung der Bedeutung und des Zwecks der Zuständigkeitsnormen⁹⁾ von dieser Behörde eine sachlich richtige Entscheidung mit Sicherheit

3a) Beispiel: Anordnung einer Beschlagnahme oder Durchsuchung nach §§ 98 I, 105 I StPO durch die Staatsanwaltschaft, obwohl keine "Gefahr im Verzuge" vorliegt.

4) Der also nach der hier entwickelten Ansicht eigentlich auf die objektiv besondere Schwere eines Mangels abstellt!

5) So Forstthoff S. 192 f., W. Jellinek (Fehlerhafter Staatsakt) S. 52 ff., Wolff S. 218, Leipzig Ann. 11b zu § 113, Stratenwerth S. 19, 23 und 149 und die weitere dort zit. Lit. Ebenso indirekt auch RG in st.Rspr. (etwa RGSt.2,416 und 55,163) u. BGHSt. 4,164.

6) Vgl. Fussnote 5 und Wolff aaO, S. 221.

7) Vgl. Stratenwerth S. 23, 151 und 155.

8) Vgl. Stratenwerth S. 151. Der "Kompetenz" des Untergebenen kommt im übrigen - wie oben S.16 f. dargelegt - keine

nicht zu erwarten ist, wenn diese ihre Unfähigkeit zu einer sachlich richtigen Entscheidung im konkreten Fall schon dadurch gezeigt hat, dass sie die Kompetenz in diesem Falle für sich - völlig zu Unrecht - in Anspruch genommen hat, wenn ihr daher kein Vertrauen (als Erwartung der Richtigkeit ihrer Entscheidung) mehr entgegengebracht werden kann, wenn ihr daher keine Autorität mehr zukommen kann. Das ist etwa der Fall beim Fehlen jeder hoheitlichen Kompetenz überhaupt¹⁰⁾, bei absoluter sachlicher Unzuständigkeit¹¹⁾, bei örtlicher Unzuständigkeit aber, wenn die örtliche Zuständigkeit durch die "Belegenheit der Sache" bestimmt wird¹²⁾ oder wenn in den Funktionsbereich eines anderen Verwaltungsträgers¹³⁾ eingegriffen wird. Nun ist aber offenbar, dass derartige Fälle in einem geordneten Staatswesen praktisch kaum vorkommen werden.¹⁴⁾ So gilt etwa für den Fall der Belegenheit der Sache: Die Vollstreckung derartiger Massnahmen (etwa eines Baueinstellungs- oder -abbruchsbescheids, die Beschlagnahme und Räumung einer Wohnung, gewerbepolizeiliche Massnahmen wie Schliessung eines Gewerbebetriebes oder die Entfernung oder Beseitigung gefährlicher Einrichtungen oder Anlagen) in den äusseren Formen, bei welchen die Erfüllung des Tatbestands des Widerstands überhaupt denkbar ist (also Ersatzvornahme oder Anwendung unmittelbaren Zwangs), erfolgt nach dem heute geltenden Rechtssystem nicht mehr durch die Verwaltungsbehörden selbst, sondern durch besondere Vollzugsorgane, vor allem durch die Polizei.¹⁵⁾ Dabei ist etwa im Bereiche des bayerischen Verwaltungsvollzugs- und Polizeirechts die Zuständigkeit zwischen staatlicher und gemeindeeigener Polizei in folgender Weise geregelt: Eine gemeindliche Behörde, die einen eigenen Verwaltungsakt an einem ausserhalb ihres Gemeindegebiets gelegenen Ort vollstrecken lassen will, muss sich dazu der für diesen Ort zuständigen Polizeikräfte bedienen, wobei sie sich erst an die zuständige Verwaltungsbehörde dieses Ortes wenden muss, die dann erst die zuständige Polizei mit der Voll-

selbständige Bedeutung bei: Sie kann nämlich nichts anderes bedeuten als dass der Untergebene sich im Rahmen seiner "dienstlichen Tätigkeit" halten muss. Dieses Erfordernis aber ist dann erfüllt, wenn es sich bei ihm um eine unter den Begriff des Vollstreckungsbeamten in § 113 fallende Person handelt, die also im Aussenverhältnis zur Vollstreckung von Befehlen oder Anordnungen der Verwaltungsbehörde berufen (befugt) ist. Vgl. Stratenwerth S. 151 (vor allem Anm. 11) und 157 (für den Soldaten).

9) Vgl. oben § 41.

10) Vgl. Wolff aaO, S. 218

11) Wolff aaO, ferner ProVG 81, 273, 86, 369 und 97, 99. Es handelt sich wie in Fussnote 10 um Fälle der objektiven "Offensichtlichkeit", vgl. oben S. 47 f.

12) Forsthoff S. 191, BGHSt. 4, 112, Stratenwerth S. 188.

13) Forsthoff S. 190, Wolff. S. 218.

streckung des gemeindlichen Verwaltungsakts beauftragt.¹⁶⁾ Diese Verwaltungsbehörde¹⁷⁾ wird natürlich die Rechtmässigkeit des Verwaltungsakts nochmals überprüfen, bevor sie die ihr unterstehenden Polizeikräfte mit der Vollstreckung dieses Verwaltungsakts beauftragen wird. Eine Massnahme, die etwa wegen "Belegenheit der Sache" im eigenen Bezirk die eigene hierfür sachlich zuständige Behörde hätte veranlassen müssen oder veranlassen müsste, wird sie gar nicht zum Vollzug bringen lassen. Sollte aber die unzuständige Behörde, die diese Massnahme erlassen hat, ihre eigenen ebenso hierfür unzuständigen Polizeikräfte, um die oben genannten Schwierigkeiten zu umgehen, zur Durchführung ihres Verwaltungsakts auf fremdes Hoheitsgebiet einsetzen, so wäre ebenso wie der Verwaltungsakt selbst auch ein im Zuge der Vollstreckung dieses Verwaltungsakts erlassener Befehl eines Polizeivorgesetzten an seine Untergebenen als so eminent rechtswidrig anzusehen, dass er eine rechtswidrige Amtsausübung i. S. des § 113 zur Folge haben müsste. Dies ist in objektiver Hinsicht unzweifelhaft. Denn es ist bei der objektiven Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts und seiner Vollstreckungsmassnahmen zu berücksichtigen, dass es sich bei derartigen Eingriffen, bei welchen also die Zuständigkeit der Behörde durch die "Belegenheit der Sache" bestimmt wird,¹⁸⁾ stets um relativ besonders schwerwiegende Eingriffe in die persönliche oder wirtschaftliche Sphäre des Betroffenen handelt.¹⁹⁾ Aber in diesen Fällen sind auch die subjektiven Voraussetzungen der Unverbindlichkeit, bzw. gänzlichen Unwirksamkeit einer rechtswidrigen staatlichen Massnahme gegeben: Denn bei "objektiver Offensichtlichkeit" der Rechtswidrigkeit²⁰⁾ und in den sonstigen Fällen einer objektiv besonders schweren (und daher auffälligen) Rechtswidrigkeit einer Anordnung ist ja nicht etwa nötig, dass die tatsächliche Kenntnis des Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) von dieser Rechtswidrigkeit, die also die Unwirksamkeit der Anordnung (Massnahme) bedingt, exakt nachweisbar ist.

14) Vgl. oben S. 48.

15) Vgl. etwa Art. 1 und 2 PAG.

16) Vgl. die Art. 9 I und 24 POG. Die Regelung des oben geschilderten Verfahrens ist erfolgt: In den Art. 32 II mit 14 III und 31 II POG für die Vollstreckung gemeindlicher Verwaltungsakte durch die zuständige staatliche Landpolizei, und umgekehrt in den Art. 14 I und II, 15 III (2) POG für die Massnahmen von Staatsbehörden im Gebiet einer Gemeinde mit eigener Polizei.

17) Etwa das Landratsamt oder die "Ortspolizeibehörde" (= Gemeinderat oder in grösseren Gemeinden: "Amt für öffentliche Ordnung") vgl. Fussnote 16.

18) Vgl. Beispiele auf S. 67.

19) Gerade deshalb soll ja auch in diesen Fällen nur die (auch) örtlich zuständige Behörde tätig werden, weil nur sie die örtlichen Verhältnisse kennt und weil letztlich daher nur sie die

In diesen Fällen wird einfach als wahrscheinlich unterstellt, dass der Untergebene (Vollstreckungsbeamte) diese Kenntnis hatte.²¹⁾ Denn aus der besonderen Auffälligkeit der Tatsachen, welche die besonders krasse Rechtswidrigkeit der Anordnung bedingen, kann auf die (zumindest potentielle) Kenntnis dieser Tatsachen durch den Untergebenen geschlossen werden. Beispielsweise ist heute (vor allem auch auf Grund der vom Staat immer stärker forcierten Ausbildung seiner Beamten, auch hinsichtlich der für ihr Tätigkeitsgebiet einschlägigen Vorschriften) jedem Polizeibeamten bekannt, dass er grundsätzlich nur innerhalb seines Dienst- oder ausserstenfalls Zuständigkeitsbereichs²²⁾ tätig werden darf. Ausnahmen sind zwar möglich,²³⁾ jedoch bei den hier behandelten Fällen praktisch nicht denkbar.²⁴⁾ Jedem durchschnittlich begabten und ausgebildeten Polizeibeamten muss es daher von vornherein auffallen, dass er z.B. zur Durchführung der genannten Massnahmen im Hoheitsgebiet eines anderen Verwaltungsträgers tätig werden soll, der gar nicht sein Dienstherr ist.²⁵⁾ An diese (Er)kenntnis knüpft sich dann die (in diesen Fällen der objektiven besonders schweren Rechtswidrigkeit) erhöhte Prüfungspflicht des Untergebenen hinsichtlich der Rechtmässigkeit der zu vollstreckenden Massnahme. Es kann daher als sicher angenommen werden, dass der Untergebene (Vollstreckungsbeamte) auf Grund dieser näheren Prüfung die Rechtswidrigkeit erkannt hat, bzw. bei pflichtgemässer Anwendung der im konkreten Fall zu fordernden erhöhten Prüfung erkannt hätte. Dies ist die bereits oben²¹⁾ behandelte Auswirkung der Objektivierung der Prüfungspflicht des Untergebenen (Vollstreckungsbeamten), die selbstverständlich auch in Fällen absoluter Unzuständigkeit besteht.

Gewähr für eine sachlich richtige Entscheidung bietet, vgl. oben S. 65.

20) Vgl. oben Fussnote 11 (S. 67 und 47 f.).

21) Vgl. oben S. 56 (BGHSt. 2, 239), ferner auch Stratenwerth, S. 191 und 193: Bei nichtigen (d.h. "offensichtlich" rechtswidrigen) Anordnungen ist ein etwaiger guter Glaube eines Untergebenen hinsichtlich der Rechtmässigkeit der Anordnung ganz gleichgültig.

22) Vgl. dazu die Art. 24 und 25 POG.

23) Vgl. die Art. 17, 26 und 35 II POG, und § 167 I GVG.

24) Vgl. etwa die Voraussetzungen der Art. 17, 26 und 35 II POG, welche eine Erweiterung der normalen örtlichen Zuständigkeit bringen. Welches der dort aufgeführten Beispiele sollte bei der Durchsetzung eines Verwaltungsakts der genannten Art, etwa einem Bauabbruchsbescheid, praktisch vorkommen, nachdem die Polizei gemäss Art. 7 PAG nur in unaufschiebbaren Fällen tätig werden darf?

25) z.B. einem Gemeindepolizeibeamten bei der Vollstreckung eines gemeindlichen Bauabbruchsbescheides ausserhalb des Gemeindegebiets.

2. Abschnitt: Mängel in der Besetzung der anordnenden Instanz.²⁶⁾

§ 43) Nach § 14 BBG sind die mit solchen Mängeln behafteten Amtshandlungen wirksam und rechtmässig i. S. des § 113. Die Regelung des § 14 BBG beruht - wie bereits oben dargelegt wurde²⁷⁾ - auf der Tatsache, dass hier eine Person gehandelt hat, die auf Grund eines (wenn auch nichtigen) hoheitlichen Bestellungsaktes mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben und Befugnisse betraut worden ist. Dadurch wurde ein Rechtsschein für hoheitliches Handeln dieser Person begründet. Es spricht daher auch eine Vermutung für die Rechtmässigkeit ihrer Amtshandlungen.²⁸⁾ Die gleichen Gründe bestehen auch für § 7 FGG und für die Behandlung eines Verstosses einer gerichtlichen Entscheidung gegen die §§ 41/42 ZPO.²⁹⁾ Die §§ 14 BBG und 7 FGG sind übrigens die einzigen Fälle, in denen eine positive Regelung des vorliegenden Problems in wenn auch nur indirekter Weise erfolgt ist, und zwar im Sinne der hier vertretenen Auffassung. Bleibt aber gemäss § 14 BBG die Wirksamkeit einer staatlichen Massnahme selbst von dem dort genannten, an sich schweren Mangel unberührt, so darf a maiore ad minus gefolgert werden, dass ein Gleiches für alle sonstigen Mängel der Bestellung (der anordnenden Instanz) zu gelten hat. Dies ist ganz herrschende Ansicht³⁰⁾ und stimmt auch mit der hier vertretenen Ansicht überein: Derartige Mängel sind weder "objektiv offensichtlich" (denn die Mitwirkung eines persönlich Beteiligten etwa ist ja nicht unter allen möglichen Umständen unzulässig, sondern nur in den durch die betreffenden Vorschriften geregelten Einzelfällen), noch kann von ihnen behauptet werden, dass sie für den Untergebenen usw. leicht erkennbar sind.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Wirksamkeit einer mit den hier behandelten Mängeln behafteten Massnahme macht die h.L. dann, wenn die Massnahme (Verwaltungsakt, Anordnung) von einem Beamten er-

26) Es handelt sich um die oben S. 11 (Ziff. 4) aufgeführten Mängel.

27) Vgl. oben S. 19.

28) Die Nichtigkeit der Beamtenbestellung muss nicht notwendig die sachliche Unrichtigkeit der Massnahmen dieses Beamten zur Folge haben (ebenso wie nicht jede Amtshandlung eines ordnungsgemäss bestellten Beamten sachlich richtig sein muss).

29) Vgl. oben S. 19/20.

30) So u.a. Forsthoff S. 193 und Wolff aaO, S. 221

lassen worden ist oder bei ihrem Zustandekommen ein Beamter mitgewirkt hat, der an der zu regelnden Angelegenheit persönlich beteiligt war, ferner wenn ein Verwaltungsakt statt von einem notwendigen Kollegialorgan nur von dessen Vorsitzendem oder einem anderen einzelnen Mitglied des Kollegiums erlassen worden ist. Solche Massnahmen sollen nichtig sein.³²⁾ Der Grund für diese Auffassung ist die (an sich unbestreitbare) Erwägung, dass an derartigen Mängeln krankende Massnahmen möglicherweise unrichtig sein werden, weil einerseits der in eigener Sache mitwirkende Beamte nicht von sachlichen, sondern von persönlichen Motiven gelenkt werden kann, und weil andererseits bei der Entscheidung nur eines Mitgliedes des Kollegiums die übrigen Mitglieder mit ihrer Sachkunde und Rechtskenntnis fehlen werden. Diese Möglichkeit einer unsachlichen oder sogar willkürlichen Entscheidung besteht aber bei allen hoheitlichen Massnahmen, mag sie auch in den oben genannten Fällen grösser sein. Sie kann daher allein, wie in allen anderen Fällen, die Vermutung der Rechtmässigkeit auch solcher Massnahmen nicht entkräften. Dafür müsste schon eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Unrichtigkeit der Massnahme bestehen, etwa wenn sich aus ihrem Inhalt klar ergibt, dass sie auf unsachlichen, persönlich bedingten Gründen und Motiven beruht. Wann kann das aber mit Sicherheit behauptet werden?³³⁾ Die h. L. muss daher aus der hier vertretenen Ansicht heraus in diesem Punkte abgelehnt werden. Sie kann auch mit den hier herausgearbeiteten subjektiven Voraussetzungen der Unwirksamkeit einer Massnahme (Anordnung) nicht übereinstimmen: Denn grundsätzlich werden auch die Mängel, bei deren Vorliegen die h. L. Nichtigkeit des davon betroffenen staatlichen Aktes annimmt, für einen Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) kaum erkennbar sein. Nur wenn etwa der Untergebene usw. die persönliche Beteiligung des anordnenden Beamten an der zu regelnden Angelegenheit mit Sicherheit kennt, obliegt ihm wegen dieser Kenntnis auch eine höhere Prüfungspflicht hinsichtlich des materiellen Inhalts der Anordnung. In derartigen (äusserst seltenen) Fällen könnte dann die Kenntnis des Untergebenen von der Rechtswidrigkeit der Anordnung

32) Forsthoff S. 194, a.A. Wolff S. 219.

33) Es ist auch zu beachten, dass in den Fällen der Mitwirkung eines persönlich Beteiligten auch die auf objektiven Tatsachen beruhenden Nachweise erbracht werden müssten, dass die konkrete Massnahme durch die Mitwirkung dieses Beteiligten in unsachlicher Weise beeinflusst worden ist. Vgl. dazu etwa Art. 49 III der BayGO. Im Falle des Erlasses eines Verwaltungsakts durch ein

angenommen werden. In einem solchen Falle wäre dann allerdings kein Anhaltspunkt für eine autoritative Entscheidung gegeben, die Anordnung wäre unverbindlich und ihre Durchführung rechtswidrig i. S. des § 113.³⁴⁾

3. Abschnitt: Verfahrensmängel.

§ 44) Die herrschende Meinung misst nur der Verletzung "elementarer" Verfahrensvorschriften einen Einfluss auf die Wirksamkeit eines staatlichen Aktes zu.³⁵⁾ Denn es ist zwar möglich, dass etwa im Falle der Versagung des rechtlichen Gehörs oder der unterbliebenen oder mangelhaften (durch Rechtssatz vorgeschriebenen) Mitwirkung einer anderen Instanz der mit einem solchen Fehler behaftete staatliche Akt unrichtig ist, weil der entscheidenden Instanz nicht alle Tatsachen und Gesichtspunkte bekannt geworden sind, die für eine richtige Entscheidung von Bedeutung sein könnten, oder weil die Entscheidung nicht von dem Willen aller beteiligten staatlichen Organe (deren Interessen durch sie betroffen werden) getragen wird. Aber das schon bei den Besetzungsmängeln³⁶⁾ Ausgeführte gilt auch hier: Die Unrichtigkeit einer solchen Entscheidung ist grundsätzlich weder "objektiv" noch "subjektiv offensichtlich". Die formelle Fehlerhaftigkeit kann daher die Vermutung der Rechtmässigkeit dieser Entscheidung nur dann entkräften, wenn sie auch in der sachlichen (materiellen) Unrichtigkeit zum Ausdruck kommt. Dann ist die Entscheidung aber wegen dieser etwaigen besonders schwerwiegenden inhaltlichen Unrichtigkeit als unwirksam anzusehen.³⁷⁾

Der Zusammensetzung der entscheidenden Instanz und der Gewährung des rechtlichen Gehörs kommt aber besondere Bedeutung bei in einem summarischen Kriegsgerichtsverfahren (sog. Standgerichtsverfahren), weil diese hier die beiden einzigen Garantien sind, an die sich die Vermutung der Rechtmässigkeit des hier prakti-

einzelnes Mitglied eines Kollegiums an dessen Stelle wäre ferner zu beachten, dass dies unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist, vgl. Wolff S. 219.

34) Dieser Fall kommt praktisch nicht vor, weil aus dem Inhalt einer Anordnung nie mit Sicherheit darauf geschlossen werden kann, ob hier (wegen persönlicher Beteiligung) eines anordnenden Beamten eine unsachliche Entscheidung vorliegt. Vgl. die Ausführungen in Fussnote 134 (vor allem S. 58)!

35) Vgl. Wolff S. 219 und 221.

36) Die Unterscheidung zwischen beiden Mängelarten ist im übrigen nur theoretisch. Praktisch können Besetzungsmängel als Verfahrensmängel bezeichnet werden, wie dies etwa Wolff (aaO, S. 219 und 221) tut.

zierten staatlichen Handelns knüpfen kann.³⁸⁾

4. Abschnitt: Formfehler einer staatlichen Massnahme (Anordnung).

§ 45) Eine Anordnung bedarf, um überhaupt Wirkung entfalten zu können, einer bestimmten Form: Sie muss dem Beauftragten zugegangen sein und aus ihr muss sich klar und bestimmt ergeben, was die anordnende Instanz will.³⁹⁾ Anderenfalls kann sie überhaupt nicht durchgeführt werden.

Bei einem unklar oder falsch formulierten Befehl im engeren Sinn z.B. wird der Untergebene sich zunächst Klarheit über den Inhalt des Auftrags beim Vorgesetzten verschaffen, so dass diese Fehlerquelle hier ohne Bedeutung ist. Anders ist es, wenn vom Vorgesetzten eine unklare Formulierung mit Absicht gewählt wird, um das tatsächlich Gewollte nicht in seiner ganzen Krassheit (schwerwiegenden Rechtswidrigkeit) aussprechen zu müssen. In solchen Situationen rechnet der Vorgesetzte damit, dass der Untergebene seine Absicht und den tatsächlichen Inhalt des Befehls (er)kennt.⁴⁰⁾ Solche Befehle sind hinsichtlich ihres Inhalts meist besonders stark rechtswidrig und daher unwirksam.⁴¹⁾ Alle anderen etwaigen Formerfordernisse (Schriftform, Dienstsiegel, Begründung) spielen beim Befehl im engeren Sinne keine Rolle.⁴²⁾ Solche Befehle werden meist mündlich erteilt. Es ist auch zu beachten, dass an etwaige Formerfordernisse in Eil- und Notstandsfällen, in denen also rasche Entscheidungen getroffen werden müssen, nach allgemeiner Auffassung sowieso keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden dürfen.⁴³⁾

§ 46) Für einen zu vollstreckenden Verwaltungsakt gilt: Für seine Wirksamkeit ist die Kenntlichmachung der tätiggewordenen Behörde und (bei vom Gesetz vorgeschriebener Schriftform) die Unterschrift unbedingtes Gültigkeitserfordernis.⁴⁴⁾ Dies ist selbst-

37) Fussnote 34 hat hier entsprechende Bedeutung.

38) Dies wird unten noch zu erörtern sein.

39) Dies kann auch als unabdingbares inhaltliches Erfordernis eines wirksamen Befehls betrachtet werden.

40) Beispiel: Befehl des Leiters eines Konzentrationslagers des nationalsozialistischen Staates an einen Lageraufseher in Bezug auf einen Häftling, der aus rassistischen Gründen oder weil er in sonstiger Weise dem Regime unerwünscht war, in das Lager deportiert worden war: "Geben Sie diesem Mann mal einen Denkkzettel!" Mit diesem Befehl war in Wirklichkeit gemeint, dass dieser Häftling auf widerrechtliche, hinterhältige und grausame Weise getötet werden sollte. Dies war auch für den Beauftragten leicht erkennbar.

verständlich. Der Verwaltungsakt muss dem Betroffenen bekanntgemacht worden sein oder zumindest anlässlich der Vollstreckung bekanntgemacht werden. Erst dadurch wird offenbar, dass es sich bei dieser Massnahme um eine hoheitliche, von einer staatlichen Instanz ausgehende und daher autoritative Entscheidung handelt, und erst dann wird die Vermutung der Rechtmässigkeit dieser Massnahme überhaupt begründet. Fehlt es daher an einem der bisher genannten Mindestformerfordernisse, so muss schon rein äusserlich an dem Bestand eines hoheitlichen Aktes überhaupt gezweifelt werden: Ein solcher Akt kann keine Wirksamkeit entfalten.⁴⁵⁾ Wird daher ein Verwaltungsakt nicht - wie üblich - dem Betroffenen bekanntgemacht und für den Fall seiner Nichterfüllung innerhalb einer bestimmten Frist die Vollstreckung angedroht, sondern erfolgt die Bekanntgabe des Inhalts dieses Verwaltungsakts erst anlässlich seiner Vollstreckung, so ist unbedingt notwendig, dass dem Betroffenen bei dieser Gelegenheit der Bestand eines hoheitlichen nunmehr zu vollstreckenden Aktes nachgewiesen wird, also etwa durch Vorweisen des von der Verwaltungsbehörde erlassenen Abbruchbescheids, Beschlagnahme-, Einstellungs- oder Ersatzvornahmebescheides, oder Haftbefehls.⁴⁶⁾ Es ist aber zu beachten, dass bei gewissen staatlichen Massnahmen, die vom Betroffenen ein bestimmtes Handeln (meist in Form einer besonderen Leistung) verlangen, ihm zur Vornahme dieser Handlung eine bestimmte oder angemessene Frist gewährt werden muss und dass zwangsweise gegen ihn nur dann vorgegangen werden kann, wenn er innerhalb dieser Frist die von ihm verlangte Leistung nicht erbringt.⁴⁷⁾ Diese

41) So ist etwa die Tötung eines Menschen (vgl. Beispiel in Fussnote 40) ein besonders schwerer Eingriff. Im erwähnten Beispiel ist sie aber noch dazu völlig rechtswidrig, weil eine Tötung unter den genannten Umständen niemals rechtlich zulässig sein kann. Für den Untergebenen war es auch leicht erkennbar, dass er hier mit der Begehung eines Verbrechens beauftragt wird; dies konnte er schon aus dem Verhalten des Vorgesetzten entnehmen.

42) Es ist kein Fall ersichtlich, bei dem die Wirksamkeit eines Befehls im engeren Sinne von derartigen Erfordernissen abhängt.

43) Vgl. dazu auch die §§ 23 II des früheren RLG, 38 II - IV und 39 S. 2 BLG, 22 II 1 FlüNotLeistG und 6 II und 13 I 2 VwVG, und die Ausführungen unten S. 77 ff.

44) Forsthoff S. 196 f. Vgl. auch oben S. 14.

45) Vgl. Stratenwerth S. 24.

46) Vgl. die §§ 26 WBG, 21, 22 und 24 FlüNotLeistG, 36, 37, 38 I, 39 S. 2 BLG und 114 III StPO.

47) Vgl. die §§ 39 S. 1 BLG, 6 I und 13 I 2 VwVG. Es folgt dies aber auch daraus, dass nach den einschlägigen Vorschriften zunächst nur andere Zwangsmittel zulässig sind, vor allem sog. Ungehorsamsstrafen (Art. 21 PStGB, §§ 12 VwVG, oder 202 II AO), die wiederum erst angedroht werden müssen, bevor sie festgesetzt

Fälle sind denen der tatsächlichen Unmöglichkeit des (sofortigen) Vollzugs eines Verwaltungsakts sehr ähnlich. Wenn hier sofort nach Bekanntmachung des Verwaltungsakts gegenüber dem Betroffenen mit gewaltsamen Vollstreckungsmassnahmen begonnen würde, so wäre das ein Verstoss gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit, der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit allen Verwaltungshandelns.⁴⁸⁾ Staatliche Massnahmen (und damit auch Vollstreckungshandlungen wie Ersatzvornahme oder Anwendung unmittelbaren Zwangs) sind nur dann zulässig und rechtmässig, wenn sie notwendig und verhältnismässig sind.⁴⁹⁾ Dies wäre aber in einem solchen Falle zu verneinen. Es wäre willkürlich und schikanös, wenn dem Betroffenen nicht eine angemessene Frist zur Erfüllung des ihm in dem Verwaltungsakt aufgetragenen Tuns gewährt würde. Auch würde bei einem solchen Vorgehen die Autorität der tätigen gewordenen staatlichen Instanz höchst fragwürdig erscheinen, weil die Interessen des Betroffenen in so grober Weise verletzt werden: Jeder Staatsbürger kann aus dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit darauf vertrauen und sein Planen und Handeln darnach einrichten, dass er nicht plötzlich und unvorhergesehen vom Staate zu Leistungen herangezogen wird, deren sofortige Erbringung zeitlich oder finanziell unmöglich ist. Dieser Grundsatz würde hier völlig negiert werden. Eine solche Vollstreckungsmassnahme wäre daher rechtswidrig, i.S. des § 113. Auch die subjektiven Voraussetzungen der Unwirksamkeit einer staatlichen Massnahme wären in einem solchen Fall vorhanden: Die Vollstreckungsbeamten würden etwa das Datum des Erlasses und der Zustellung des Verwaltungsakts kennen und daraus ersehen, in welcher unvernünftiger und schikanöser Weise hier gegen den Betroffenen vorgegangen werden soll.⁵⁰⁾ Es sind aber auch andere Situationen denkbar: Ist z.B. ein Bauwerk ohne Genehmigung gebaut worden, so musste der Eigentümer deswegen ständig mit staatlichen Massnahmen - und zwar auch einschneidenderen - rechnen, so dass der Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit (Rechtssicherheit) hier nicht durchgreifen könnte. Ebenso ist es, wenn ein gewerblicher Betrieb, der (wegen Lärms,

und vollstreckt werden dürfen, vgl. im Einzelnen die §§ 9-15 VwVG und 37-39 BuLG.

48) Vgl. die §§ 9 II und 12 VwVG und Art. 6 und 8 PAG.

49) Deshalb sind ja auch die staatlichen Vollstreckungsmittel abgestuft, vgl. die §§ 9-15 VwVG.

50) Noch klarer ist dies im Falle eines Verstosses gegen § 326 V AO: Soll ein Bescheid eines Finanzamts vollstreckt werden, obwohl die dort bestimmte Wochenfrist noch nicht abgelaufen ist, so kennt der Vollstreckungsbeamte diesen klaren Rechtsverstoss

starker Abgase oder Erschütterungen) die Nachbarschaft beeinträchtigt, ohne die erforderlichen Genehmigungen errichtet worden ist oder wenn ein Bauwerk auf Grund seines schlechten baulichen Zustands eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt. Hier sind ausserdem rasche Massnahmen nötig, um diese Beeinträchtigungen und Gefahren zu beseitigen oder einzudämmen. Die Behörde könnte also in diesen Fällen zu sofortigen Zwangsmassnahmen wie Abbruch, Absperrung, Einstellung, schreiten. Gerade weil diese Fälle stets möglich sind, wird auch in den vorher erörterten fast nie oder doch nur äusserst selten den Vollstreckungsbeamten unterstellt werden können, dass sie die Rechtswidrigkeit des zu vollziehenden Verwaltungsakts oder die Unzulässigkeit sofortiger Zwangsmassnahmen gekannt haben oder hätten kennen müssen, (was dann die Rechtswidrigkeit der Amtsausübung zur Folge hätte). Erst recht gilt das in den Fällen, wo die materielle Richtigkeit solcher Massnahmen zweifelhaft ist, wenn also etwa der Abbruch eines Hauses (die Einstellung eines Gewerbebetriebs, die zwangsweise Durchführung von nicht erfüllten Auflagen einer Bau- oder Gewerbebegenehmigung) verfügt wird, obwohl auch andere weniger einschneidendere Massnahmen (Einstellung der Bauarbeiten, Absperrungen, Anbringung von Sicherheitsvorkehrungen) den gleichen Zweck erfüllen und dieselbe Wirkung hervorbringen würden. Sind nämlich nur die Grundsätze der Erforderlichkeit oder Verhältnismässigkeit verletzt,⁵¹⁾ so kann eine solche Massnahme nicht als besonders schwerwiegend in dem hier gemeinten Sinne und mit den hier genannten Folgen angesehen werden. Denn einmal lässt sich über die Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit und Zweckmässigkeit einer Massnahme streiten, zum anderen aber können aus dem gleichen Grund auch die subjektiven Voraussetzungen der Unwirksamkeit einer staatlichen Massnahme in keiner Weise als vorhanden angenommen werden, weil Untergebene (Vollstreckungsbeamte) sich über diese Merkmale im Einzelfall kein sicheres Urteil verschaffen können (und in diesem Falle auch gar nicht sollen).

Bei der Beschlagnahme einer Wohnung ist Art. 13/III GG zu beachten. Beschlagnahmen sind heute noch auf Grund der §§ 20 mit 15/16 WBG zulässig. Gem. § 27 WBG können diese Verfügungen der

des Vollstreckungsauftrags, zumal es sich bei den Vollstreckungsbeamten der Finanzbehörden um Spezialbeamte mit entsprechen der Ausbildung und Sachkunde handelt.

51) Dies sind dann keine Formfehler mehr, sondern inhaltliche Fehler des Verwaltungsakts.

Wohnungsbehörden zwangsweise, d.h. also vor allem nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz, durchgeführt werden. Gerade in diesen Fällen, in denen eine rasche Vollstreckung des Verwaltungsakts nötig ist, um die staatliche Aufgabe der Unterbringung mittelloser Obdachloser überhaupt in wirksamer Weise erfüllen zu können, können nicht formelle Gesichtspunkte in erster Linie entscheidend sein.⁵²⁾ In dringenden Fällen wären daher ein Verstoss gegen § 26 WBG und die sofortige Vollstreckung dieser (mündlichen) Beschlagnahme und Zuweisung nur Mängel, die die Anfechtbarkeit des entsprechenden Verwaltungsakts bedingen würden, nicht aber dessen Nichtigkeit, was die Rechtswidrigkeit einer dagegen gerichteten Widerstandsleistung zur Folge hätte.

§ 47) Diese Gesichtspunkte sind auch bei den besonders häufigen Verstössen gegen die (Form)vorschriften der Leistungsgesetze (früher RLG, jetzt BLG) zu beachten. Die Anwendung der Möglichkeiten der Leistungsgesetze kommt gerade in Notstandszeiten und -situationen in Frage. Weil aber dann rasche Massnahmen nötig sind, sind auch Rechtsverstösse sehr häufig. Nach §§ 36 ff. BLG ist z.B. eine Anforderung nach dem BLG dann rechtmässig, wenn die Leistung von der Anforderungsbehörde (= eine Zivil-, niemals eine Wehrmachtsbehörde) durch schriftlichen dem Pflchtigen zugestellten Bescheid angefordert wird.⁵³⁾ Diese Formvorschriften sind nach h.L. zwingender Natur.⁵⁴⁾ Das kann aber nicht bedeuten, dass ein Verwaltungsakt, der diese Formvorschriften verletzt, stets nichtig (unwirksam) ist.⁵⁵⁾ Nichtigkeit wird allerdings (in diesem Falle zu Recht) angenommen, wenn der Leistungsbescheid von einer Behörde ergeht, die nicht als Anforderungsbehörde im Sinne des BLG gilt.⁵⁶⁾ Aber auch das wird nur in Friedens- und geordneten Zeiten gelten können. Denn es handelt sich hier um den Fall einer sachlichen Unzuständigkeit einer Behörde. Nach den dazu oben entwickelten Grundsätzen ist nur die Massnahme einer absolut unzuständigen Behörde unwirksam. In Friedenszeiten sind etwa militärische Behörden absolut unzuständig.⁵⁸⁾ In Kriegszeiten aber ist

52) Vgl. auch die §§ 23 II RLG und 22 II FlüNotLeistG.

53) Vgl. §§ 5 I 1, 37 S. 1, 36 und 38 I BLG.

54) Vgl. auch Bauch-Kühne aaO, Anm. 1/2 zu § 37, von Hausen aaO, Anm. 1 zu § 37 und Schlempp-Lange aaO, Anm. 3 zu § 22 RLG.

55) Auch von Hausen spricht aaO nur von Fehlerhaftigkeit und Aufhebbarkeit.

56) Vgl. Urteilsanm. von Naumann in DVBl. 1948/49, S. 191.

58) Wie sich aus den §§ 36, 5 I 1 und 77 S. 1 BLG in Verb. mit §§ 1 und 2 der auf Grund des BLG erlassenen Rechtsverordnung über die Anforderungsbehörden vom 16.11.1956 (BGBl. I S. 858 und BGBl. 1958 I S. 203) ergibt.

dies nicht über alle Zweifel erhaben. Wenn z.B. in diesem Falle eine Wehrmachtsbehörde, der die Versorgung der kämpfenden Truppe mit Proviant usw. obliegt, im Kriegsgebiet wegen dringenden Bedarfs von Truppenteilen die Beschlagnahme von Lebensmitteln verfügt und gegen den Willen der Betroffenen zwangsweise durchführt, so können solche Massnahmen nicht als nichtig angesehen werden, wenn die Eigenschaft als Wehrmacht- (also staatliche)-behörde offenkundig ist und wenn den Betroffenen etwa für die spätere Geltendmachung von Ersatzansprüchen diese Beschlagnahmen bestätigt werden. Denn bei einem solchen Vorgehen liegt immer noch ein Anhaltspunkt für hoheitliches und autoritatives Handeln vor.⁵⁹⁾ Dies ist auch bei Verstössen gegen die übrigen Formvorschriften des BLG (vor allem § 37) zu beachten: Wird etwa im Falle der oben erwähnten Notstandssituation eine Leistung nur durch mündlichen Bescheid angefordert, so kann eine solche Massnahme nur anfechtbar, aber nicht unwirksam, sein (§ 23 II des RLG sah die mündliche Anforderung in solchen Fällen ausdrücklich vor). Es dürfte sich um einen allgemeinen Rechtsgedanken handeln:⁶⁰⁾ Dass staatliche Organe in besonderen Notstandssituationen sich über formale Formvorschriften hinwegsetzen dürfen, ja dies sogar müssen, um auch in diesen Situationen und trotz Fehlens hinreichender Mittel ihre gesetzlichen, vor allem die für die Allgemeinheit wichtigen Aufgaben erfüllen zu können und dass trotz dieser Formverstösse die Rechtmässigkeit dieser staatlichen Massnahmen immer noch vermutet werden kann, weil es sich um hoheitliche Massnahmen handelt, ist ein Grundsatz, der in vielen Rechtsvorschriften - wenigstens indirekt - zum Ausdruck kommt. In diesem Zusammenhang kann auch auf §904 BGB verwiesen werden: Wenn Private in besonderen Notfällen in das Eigentum Dritter eingreifen dürfen, ohne hierbei besondere formelle Vorschriften zu beachten, so muss das erst recht für staatliche Organe und Behörden gelten, wenn sie im konkreten Fall zur Behebung eines akuten öffentlichen Notstands tätig werden (sollen). Denn die Gefahr, dass solche Eingriffe

59) § 4 des RLG sah die Anforderung von Leistungen durch Wehrmachtsbehörden (nämlich durch die "mit wehrwirtschaftlichen Aufgaben betrauten Bedarfsstellen der Wehrmacht") ausdrücklich vor, und zwar auch in Friedenszeiten und ständig (so etwa die in den §§ 5-18 RLG genannten Leistungen). Aber auch andere Wehrmachtsbehörden durften Leistungen anfordern, wenn auch örtlich und zeitlich beschränkt (etwa nur bei Märschen und Übungen). Vgl. auch § 129 III des RMStGB von 1940!

60) Vgl. oben Fussnote 43 auf S. 73/74.

staatlicher Organe materiell rechtswidrig sind, weil überhaupt keine Notstandssituation vorliegt, die sie rechtfertigen würde, ist keinesfalls grösser.

Nach dieser Erörterung einiger konkreter Formverstösse gegen wichtige Formvorschriften bleibt noch auszuführen, dass etwa die Verbringung einer Person in Untersuchungshaft gem. §§ 112 ff. StPO ohne das Bestehen oder Vorweisen eines vom Gericht ausgefertigten schriftlichen Haftbefehls (§ 114 StPO) oder die Verbringung eines einer Straftat "Beschuldigten" in eine Heil- und Pflegeanstalt zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen Geisteszustand gem. § 81 StPO ohne eine entsprechende gerichtliche Anordnung an sich stets als so besonders stark rechtswidrig anzusehen wäre, dass diese Massnahmen wie auch alle zu ihrer Vollstreckung befohlenen und vorgenommenen Handlungen eine im Sinne des § 113 rechtswidrige Amtsausübung darstellen müssten. Hier handelt es sich nämlich - abgesehen von der Wichtigkeit des betroffenen Rechtsguts und der objektiven Schwere des Eingriffs - um elementare Form (und Zuständigkeits-)vorschriften, deren Existenz und Bedeutung auch jedem Vollstreckungsbeamten bekannt sein müssen. Daher muss in den beiden genannten Fällen stets ein (strafloser) Widerstand zulässig sein. Nun kann aber nach § 127 StPO oder den Polizeigesetzen der Länder (etwa nach Art. 17 ff. PAG) eine sog. "vorläufige Festnahme" oder "Ingewahrsamnahme" auch ohne einen (richterlichen) Haftbefehl erfolgen. Diese Vorschriften bedeuten insoweit eine Durchbrechung der §§ 114/126 a II StPO. Dabei ist aber zu beachten, dass im Falle des § 127 I ein Widerstand gegen die Staatsgewalt nicht möglich ist, weil hier die "Festnahme" durch einen Privaten erfolgt. Diese Festnahme ist ferner stets rechtswidrig, wenn die Voraussetzungen des § 127 I tatsächlich nicht vorliegen. Dann ist gegen sie Notwehr zulässig. Massnahmen nach Art. 17 ff. PAG oder § 127 II StPO aber haben nach ihrem Zweck und ihrer Art und Weise einen nur vorläufigen Charakter. Die vorläufige Festnahme des § 127 II z.B. führt erst nach § 128 II 2 StPO zu einer Verbringung in Untersuchungshaft usw. Erst die letztere dauert nach Zweck und Art eine längere

61) Beispiele: Der Befehl, einen harmlosen Passanten zu verprügeln, wehrlose Strafgefangene oder Geisteskranke in der Zelle zu verprügeln, Unzucht zu treiben. Oder der die Einäscherung eines Hauses verfügende Verwaltungsakt.

Zeit fort. (Das lehrt schon die praktische Erfahrung, ferner § 115 a ff.) Massnahmen nach § 127 II als solche sind also wegen ihres nur vorläufigen Charakters nicht als übermässig schwerwiegende Eingriffe anzusehen. Sie kommen im übrigen nur selten in Betracht (etwa wenn der Verdächtige im Grenzgebiet des Staates aufgegriffen wird). Ansonsten aber wird stets Zeit zur Einholung eines richterlichen Haftbefehls bleiben. Die fundamentalen (Form-)vorschriften der §§ 114 und 126 a II StPO können daher wegen § 127 II StPO nicht ihre oben erwähnte Bedeutung verlieren, d.h. das Vorhandensein des § 127 II kann nicht zur Folge haben, dass etwa ein Widerstand gegen eine Verhaftung ohne Haftbefehl stets als unzulässig (strafbar) anzusehen wäre, denn § 127 II ist eben eine selten zur Anwendung kommende Ausnahmenvorschrift. (Für den Fall des § 126 a StPO z.B. wird sie praktisch fast nie zur Anwendung gebracht werden können.)

Nunmehr sollen die einzelnen inhaltlichen (sachlichen) Mängel einer staatlichen Massnahme (Verwaltungsakt, Anordnung) erörtert werden:

5. Abschnitt: Absolute rechtliche Unmöglichkeit einer staatlichen Massnahme.⁶¹⁾

§ 48) Fehlt es an irgendeiner Rechtsgrundlage für die konkrete Massnahme, kann diese also unter keinen wie immer gearteten Umständen rechtmässig sein, so liegt ein Fall der sog. "objektiven Offensichtlichkeit" vor. Eine solche Massnahme ist unwirksam, im Zuge ihrer Ausführungen erlassene Anordnungen sind unverbindlich, Ausführungshandlungen sind rechtswidrig i.S. von § 113. Die Gründe (objektiven und subjektiven Voraussetzungen) der Unwirksamkeit einer staatlichen Massnahme sind bereits oben eingehend dargelegt worden.⁶²⁾

6. Abschnitt: Rechtswidrigkeit einer staatlichen Massnahme
(Anordnung) auf Grund von Tatsachen des konkreten Sachverhalts.

§ 49) In den Fällen des Fehlens gesetzlicher Tatbestandsmerkmale im konkreten Fall, d.h. wenn sich eine Massnahme auf Rechtsnormen stützt, deren Anwendung im konkreten Fall nicht in Frage kommt, weil die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen, ist zu unterscheiden zwischen einem Irrtum der anordnenden Instanz über das Vorliegen der (fehlenden) Tatbestandsmerkmale und der Kenntnis dieser Instanz vom Nichtvorliegen dieser Merkmale (= Fall der Willkür). Ein Irrtum ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht denkbar. Ersterer kann dabei auch auf einer Täuschung der Behörde beruhen (So etwa die Verhaftung eines Unschuldigen auf Grund einer verleumderischen Anzeige bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft). Aber auch in diesem Falle ist in erster Linie die inhaltliche Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Anordnung⁶³⁾ entscheidend, bzw. die Beantwortung der Frage, ob die tätiggewordene Behörde pflichtgemäss gehandelt hat. Denn nach herrschender Auffassung kann ein Irrtum der anordnenden Instanz grundsätzlich keine Unwirksamkeit ihrer Anordnung zur Folge haben, solange ihr nicht der Vorwurf der Pflichtwidrigkeit, d.h. der leichtfertigen und verantwortungslosen Entscheidung, gemacht werden kann.⁶⁴⁾ Solange sie pflichtgemäss handelt, d.h. aber solange ihr Irrtum entschuldbar, da unvermeidbar, ist, hat ihre Entscheidung autoritativen Charakter, was die Vermutung der Rechtmässigkeit dieser Entscheidung bedingt. Das gilt auch im Verhältnis zum betroffenen Staatsbürger, gegenüber dem ein auf einem Irrtum der anordnenden Instanz beruhender Verwaltungsakt oder Befehl vollstreckt werden soll: Für den ohne Auftrag auf Grund einer eigenen Entschliessung handelnden Vollstreckungsbeamten ist das allgemeine Auffassung.⁶⁵⁾ Die Amtsausübung ist rechtmässig i. S. des § 113, auch wenn im Einzelnen die Voraussetzungen für die konkrete Massnahme nicht vorlagen, wenn nur der eingreifen

62) Vgl. oben S. 47 ff. und 52 ff., ferner die E des OLG Freiburg (abgedruckt in der JZ 1951/S. 85).

63) Vgl. Forsthoff aaO, S. 199.

64) Vgl. Stratenwerth S. 191 und die Lehre von der Pflichtmässigkeit der Amtsausübung (Fussnote 55 auf S. 26).

65) Vgl. u.a. Schönke-Schröder Anm. V 5 zu § 113, Schwarz Anm. 2 A a zu § 113, Stratenwerth S. 190 und die weitere dort zit. Lit.

de Beamte auf Grund der ihm bekannten Umstände sein Eingreifen für erforderlich und gerechtfertigt halten konnte.⁶⁶⁾ Allerdings soll das nach der h.L. nur dann der Fall sein, wenn der Vollstreckungsbeamte einem Irrtum in tatsächlicher Hinsicht unterlegen ist. Ein Grund für diese Einschränkung ist nicht ersichtlich. Dieselben Gründe, die die Rechtmässigkeit einer Amtsausübung trotz eines tatsächlichen Irrtums des Vollstreckungsbeamten bedingen - Autorität, Vermutung der Rechtmässigkeit, Pflichtmässigkeit der Amtsausübung - gelten auch bei einem Irrtum in rechtlicher Hinsicht. Ja, bei der Entscheidung von Rechtsfragen ist oft die Feststellung des Richtigen und rechtlich Zulässigen und Gewollten viel schwieriger, so dass einem in dieser Hinsicht irrenden Vollstreckungsbeamten noch mit viel weniger Gewissheit der Vorwurf gemacht werden kann, dass er seiner Prüfungspflicht und Verantwortung nicht ordnungsgemäss genügt und daher pflichtwidrig gehandelt habe. Auch nach der Gravität-Evidenz-Theorie ist ein Verwaltungsakt, der fehlerhaft ist, weil die ihn erlassende Behörde einem Rechtsirrtum unterlegen ist, nur anfechtbar.⁶⁸⁾

66) Vgl. Fussnote 55 (S. 26) und S. 50 (Fussnote 118).

67) Vgl. Fussnote 65.

68) Vgl. Forsthoff S. 199 f. und Stratenwerth S. 190.

Gegen die Unterscheidung (unterschiedliche Behandlung) eines Irrtums in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht nach Olschhausen Anm. 5 c zu § 113.

Vgl. hierzu auch die entsprechenden Ausführungen Maurachs. In I § 29 I 1 = S. 273 und § 38 II B 2 c = S. 380 vertritt er zunächst in Übereinstimmung mit der h. L. die Ansicht, dass die Wahrung des pflichtgemässen Ermessens einen Irrtum des (Vollstreckungs-) beamten in tatsächlicher Hinsicht (z.B. vorläufige Festnahme eines verdächtigen Nichtt ters) heile. Trotz dieser tatsächlichen Fehlentscheidung handle der Täter (Vollstreckungsbeamter) rechtmässig i.S. des § 113. Während Maurach aber an der oben erstgenannten Stelle Fehlvorstellungen rechtlicher Art solchen tatsächlicher Art grundsätzlich gleichzustellen scheint, führt er in § 38 II B 2 c aus: Anders (wie beim tatsächlichen Irrtum) ist dies "bei einem die abstrakten Befugnisse betreffenden Irrtum". Hier soll nach M. die Rechtswidrigkeit der Tat (= Amtsausübung) von dem Irrtum unberührt bleiben. Die Beurteilung der Strafbarkeit des Täters (= Untergebenen, Vollstreckungsbeamten) aber habe dann nach den für die Strafbarkeit eines einem Verbotsirrtum (!) unterlegenen Täters zu erfolgen. Der Beamte bleibt daher dann für die Durchführung der (angeordneten) Amtsmassnahme straflos, wenn er in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum angenommen hatte, dass die Amtsmassnahme, bzw. (für unseren Fall) die Anordnung zulässig und rechtmässig sei. Obwohl sich M. aaO nur mit der Strafbarkeit des Untergebenen auseinandersetzt und obwohl sich seine Ausführungen in theoretisch-systematischer Hinsicht von der hier vertretenen Ansicht (zu) unterscheiden (scheinen), müssen sie jedoch zu denselben praktischen Ergebnissen führen.

S. 81 a)

Dass die Lehre von der Pflichtmässigkeit der Amtsausübung allein in der Lage ist, im einzelnen Fall zu praktisch brauchbaren Ergebnissen zu führen, machen folgende konkrete Beispiele einsichtig: Bei einer Anwendung der §§ 81 a ff. oder 94 StPO lässt sich darüber streiten, welche "Tatsachen für das (Straf-)verfahren von Bedeutung sind". Mit Sicherheit ist das praktisch erst in der Hauptverhandlung selbst feststellbar. Dies gilt besonders für die "Gegenstände" des § 94, die "als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können (!)". Ein Widerstand gegen solche Massnahmen kann daher grundsätzlich nicht zulässig sein, weil dadurch unter Umständen der ganze Zweck eines Untersuchungsverfahrens beeinträchtigt werden könnte: Denn die Staatsanwaltschaft, die ("bei Gefahr im Verzuge", vgl. §§ 81a II, 81c III und 98 I StPO) diese Massnahmen angeordnet hat oder die Polizeibeamten, welche zu ihrer Durchführung herangezogen werden, müssten stets damit rechnen, dass ihre Massnahmen als rechtswidrig angesehen würden, wenn sich später herausstellen sollte, dass diese Massnahmen in diesem konkreten Fall gar nicht notwendig gewesen wären. Die Untersuchungsorgane würden aus dieser Überlegung heraus unter Umständen davon Abstand nehmen, auch Massnahmen anzuordnen, deren Ergebnisse später doch für das Verfahren von Bedeutung gewesen wären. Massnahmen, nach den oben

Denn nach der hier vertretenen Ansicht wird - wie bereits ausgeführt wurde - ein Zusammenhang zwischen Verbindlichkeit (Wirksamkeit) einer Anordnung (Massnahme), Straflosigkeit eines diese ausführenden Vollstreckungsorgans und Unzulässigkeit eines gegen diese Massnahme, bzw. die Ausführung der Anordnung gerichteten Widerstands angenommen. Die Voraussetzungen in der Behandlung dieser drei Problemkreise müssen dieselben sein. Dies zeigt sich, wenn man aus den obigen Ausführungen von M. über die Strafbarkeit des Vollstreckungsorgans z.B. für die Frage der Zulässigkeit eines Widerstands folgenden Schluss zieht: Der (nach M.) einem unvermeidbaren "Verbotsirrtum" unterlegene und daher straflose Täter-Beamte hat pfllichtmässig gehandelt. Denn bei der Prüfung der (Un-)vermeidbarkeit des "Verbotsirrtums" wird ja stets untersucht, ob der "Täter" den an ihn im konkreten Fall zu stellenden Anforderungen bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit seiner Tat genügt hat, d.h. aber seiner ihm obliegenden Prüfungspflicht(!) richtig nachgekommen ist. Muss dies bejaht werden, so hat der Beamte pfllichtmässig gehandelt, d.h. aber nach der auch von M. vertretenen Ansicht war seine Amtsausübung rechtmässig i. S. des § 113, ein Widerstand dagegen also unzulässig. Die gesamten Erwägungen gelten ganz allgemein für alle Fälle, in denen der Untergebene zu Unrecht an die Rechtmässigkeit des ihm erteilten Befehls glaubt. Vgl. Maurach I aaO, Ziff. 2 d, wonach (auch) diese Fälle nach den Grundsätzen des Verbotsirrtums zu behandeln sind, woraus die obigen Schlüsse gezogen werden können.

genannten Vorschriften müssen daher grundsätzlich als rechtmässig angesehen werden. Infolge dessen kann ein Betroffener, der gegen diese Massnahmen Widerstand geleistet hat, wegen Widerstands nicht straffrei ausgehen, wenn sich nachträglich tatsächlich herausstellt, dass diese Massnahmen nicht erforderlich waren, also an sich objektiv rechtswidrig, weil im konkreten Fall die Voraussetzungen für die Anwendung der erwähnten Vorschriften nicht vorlagen. Diese Erwägungen gelten auch bei einem polizeilichen Einschreiten: Würde man polizeiliche Massnahmen nur dann für rechtmässig halten, wenn im Einzelfall alle tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für dieses Einschreiten objektiv wirklich vorhanden sind, so würden die Polizeibeamten nur dann tätig werden, wenn sie davon im Einzelfall mit absoluter Sicherheit überzeugt wären. Damit würde aber die Entschlusskraft dieser Beamten in einer für die öffentliche Sicherheit und Ordnung verhängnisvollen Weise eingeschränkt. Denn wann lässt sich schon mit absoluter Sicherheit feststellen, ob etwa die Voraussetzungen der Art. 18, 23 oder 33 f. PAG (Ingewahrsamnahme, Sicherstellung von Gegenständen, Durchsuchung von Personen und Sachen, Betreten von Wohnungen) vorliegen?

§ 50) Bei einem Handeln auf Grund fremder Entschliessung, also auf Grund einer Anordnung (eines Befehls) und bei Vollstreckung eines von einer anderen Behörde erlassenen Verwaltungsakts kann, wenn die anordnende Instanz einem Irrtum erlegen ist, nichts anderes gelten:⁶⁹⁾ Ein eventueller Irrtum eines Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) hinsichtlich der Rechtmässigkeit bzw. der Rechtswidrigkeit der Anordnung (des Verwaltungsakts) kann nur dann eine Auswirkung auf die Wirksamkeit dieser Anordnung und damit auf die Rechtmässigkeit der Amtsausübung haben, wenn er dem Untergebenen usw. vorwerfbar ist. Ein vorwerfbarer, also unentschuldbarer Irrtum liegt nur dann vor, wenn dem Beamten der Vorwurf gemacht werden kann, dass er seiner im konkreten Fall mehr oder minder grossen Prüfungspflicht nicht ordnungsgemäss nachgekommen sei, deswegen unverantwortlich und pflichtwidrig gehandelt und aus diesem Grunde eine etwaige (schwere) Rechtswidrigkeit der Anordnung nicht erkannt habe.

69) Vgl. Wolff S. 222 und Forsthoef S. 199 f., die in Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung einen Verwaltungsakt, der auf einem tatsächlichen oder rechtlichen Irrtum der Behörde beruht, nur für anfechtbar halten, was die bereits oben S. 18 und 29 erörterten Folgen (Wirksamkeit und Rechtmässigkeit seiner Vollstreckungsmassnahmen) hat. Ebenso Stratenwerth S. 144.

Das subjektive Element der Pflichtmässigkeit und Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit⁷⁰⁾ hat daher nicht nur Bedeutung für die Frage der (strafrechtlichen, disziplinarrechtlichen) Verantwortlichkeit des Untergebenen (Vollstreckungsbeamten)⁷¹⁾, sondern auch für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Vollstreckungshandlung im Rahmen des § 113. Entscheidend ist auch in § 113, ob der "Verbotsirrtum" des Vollstreckungsbeamten vorwerfbar ist oder nicht.⁷²⁾ In diesem Zusammenhang erscheint noch ein Hinweis auf die Pflichtmässigkeit polizeilichen Handelns angebracht: Massnahmen (Anordnungen) von Polizeibeamten müssen überwiegend in Situationen vorgenommen (erteilt) werden, in welchen eine gründliche Prüfung des Sachverhalts nicht möglich ist,⁷³⁾ weil Entscheidungen rasch und oft unter schwierigen äusseren Umständen getroffen und alsbald tatkräftig durchgeführt werden müssen.⁷⁴⁾ Hierbei ist demnach ein (entschuldbarer, weil unvermeidbarer) Irrtum eines polizeilichen Vorgesetzten und erst recht eines von diesem beauftragten Untergebenen viel leichter möglich. Dies heisst nun aber nicht etwa, dass hier das den Massnahmen eines staatlichen Organs entgegenzubringende Vertrauen von vornherein nur beschränkt sein kann, sondern bedeutet im Gegenteil, dass mit viel geringerer Wahrscheinlichkeit auf unverantwortliches oder gar willkürliches Verhalten der tätiggewordenen Polizeibeamten geschlossen werden kann, wenn die Richtigkeit einer polizeilichen Massnahme dem Betroffenen nicht auf den ersten Blick einleuchtet. Es liegt der Schluss näher, dass die Polizei nur wegen eines (entschuldbaren) Irrtums so und nicht anders handelt, d.h. aber verantwortlich und pflichtgemäss, und dass ihren Massnahmen daher nach wie vor Vertrauen entgegengebracht werden kann.

§ 51) Ebenso wie bei einem Irrtum der tätiggewordenen staatlichen Behörde verhält es sich auch bei deren Willkür: Mit diesem

70) Das - wie dargelegt - seine Ergänzung im objektiven Element der objektiv besonders schweren Rechtswidrigkeit der betreffenden Massnahme findet.

71) Vgl. Stratenwerth S. 47, 180 und 193.

72) Damit sind die bereits oben S. 28 f. vermuteten Zusammenhänge bewiesen. Deshalb erscheint es als nicht zutreffend, wenn Stratenwerth aaO, S. 193 meint, dass "der reine Verbotsirrtum des Beamten zwar für dessen Schuld, nicht aber für die Rechtmässigkeit der Amtsausübung von Bedeutung ist." Denn Stratenwerth selbst stellt an anderer Stelle (aaO, S. 177, 184 und 189) den Zusammenhang zwischen Pflichtmässigkeit der Amtsausübung - mangelnder Strafrechtswidrigkeit - und Verbindlichkeit einer Massnahme heraus. Seine genannten Erörterungen betreffen aller-

Mangel behaftete Massnahmen sind grundsätzlich wirksam (nur anfechtbar).⁷⁵⁾ Hier kann zwar nicht mehr davon gesprochen werden, dass die anordnende Instanz verantwortlich und pflichtgemäss handelt bzw. gehandelt hat. Dies tritt aber überwiegend nicht äusserlich erkennbar in Erscheinung. Denn die hier gemeinten Fälle von Willkür erfassen ja nur die Sachverhalte, bei denen das aufgetragene Tun in abstracto bei Vorliegen gewisser Umstände zulässig wäre und nur in diesem konkreten Fall wegen Fehlens eines oder einiger Tatbestandsmerkmale der angewandten Vorschrift nicht zulässig, also rechtswidrig ist, (also nicht die Fälle einer "objektiv offensichtlichen" Rechtswidrigkeit der Anordnung und damit des aufgetragenen Tuns). Die Frage, ob die Anordnung (der Verwaltungsakt) und deren Ausführungshandlungen als rechtmässig oder rechtswidrig im Sinne des § 113 anzusehen sind, hängt also auch hier davon ab, ob die Rechtswidrigkeit der Anordnung (des Verwaltungsakts) derart krass und auffällig ist (bzw. war), dass sie ein durchschnittlicher Beamter hätte erkennen können (müssen).

Auch Fälle einer Sittenwidrigkeit einer staatlichen Massnahme unterstehen den allgemeinen Regeln über die Fehlerhaftigkeit einer solchen Massnahme. Sie ist nach herrschender Auffassung nur anfechtbar, also zunächst wirksam.⁷⁶⁾ Hier ist aber darauf hinzuweisen, dass bei jedem staatlichen Handeln unbedingt die elementarsten Grundsätze der Menschlichkeit beachtet werden müssen. Eine Massnahme, die gegen diese Grundsätze verstösst, muss als nichtig angesehen werden, auch wenn sie nach den Gesetzen zulässig ist und ihre gesetzlichen Voraussetzungen im Einzelfalle vorliegen. Daher sind auch die zu ihrer Vollstreckung vorgenommenen Handlungen unzulässig und rechtswidrig i. S. des § 113. Als Beispiele seien hier genannt: Die zwangsweise Räumung eines Wohnraums, wenn der Inhaber im Sterben liegt oder seine Frau eine Niederkunft erwartet.⁷⁷⁾

§ 52) Es bedarf angesichts der bisherigen Ausführungen über die Fälle einer nur relativen (d.h. von dem Umständen des Einzelfalles abhängigen) Rechtswidrigkeit einer Anordnung keiner

dings nur den Fall einer Amtsausübung auf Grund eigener Entschliessung des Beamten. Sie müssen aber erst recht dann gelten, wenn dieser auf Grund einer autoritativen Anordnung handelte.
73) Vgl. Art. 7 PAG, nach welchem die Polizei sich "auf unaufschiebbare Massnahmen zu beschränken" hat.

74) So BGHSt. 4, 163 f.

75) Vgl. Wolff aaO, S. 222

76) Wolff aaO und ProVG 97, 95 ff. (100).

77) Dies ergibt sich schon aus Art. 1 I und III und 20 III GG.
Vgl. ferner Darnedde, Urteilsanm. in DVBl. 1948/49, S. 215.

weiteren Begründung für die Behauptung, dass auch ein Befehl oder Verwaltungsakt, der daran leidet, dass die anordnende Instanz irrtümlich oder absichtlich das Vorhandensein einer ihr eingeräumten Ermessensbestätigung angenommen hat, oder das ihr grundsätzlich eingeräumte Ermessen fehlerhaft angewendet hat, oder zur Erreichung des von ihr verfolgten an sich rechtmässigen Ziels unter Verstoss gegen die Grundsätze der Erforderlichkeit oder Verhältnismässigkeit die Anwendung eines falschen (weil unnötigen oder unverhältnismässigen) Mittels angeordnet hat, grundsätzlich nur anfechtbar ist, also wirksam, verbindlich und vollstreckbar.⁷⁸⁾

§ 53) Im Falle der Unsinnigkeit, Unverständlichkeit, Unbestimmtheit, Widersprüchlichkeit und Unvollständigkeit eines Befehls oder Verwaltungsaktes gilt: Solche Mängel können für vorliegendes Problem keine Bedeutung erlangen, weil hier eine Durchführung einer mit einem solchen Mangel behafteten Anordnung sowieso nicht in Frage kommt: Der Untergebene (Vollstreckungsbeamte weiss ja gar nicht, was er tun soll. Er unterlässt also die Ausführung überhaupt oder beseitigt durch Rücksprache mit der anordnenden Instanz diese Mängel, bevor er zur Ausführung schreitet. Aus diesem Grunde ist auch eine Erörterung der Durchführung einer staatlichen Massnahme, die etwas tatsächlich absolut Unmögliches anordnet, hier überflüssig. Anders ist es, wenn lediglich der von einer staatlichen Massnahme Betroffene persönlich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, das ihm in dieser Massnahme Aufgetragene durchzuführen (= bei sog. subjektivem Unvermögen des Betroffenen). Hier müssen Zwangsmassnahmen gegen den Betroffenen für unzulässig gehalten werden, denn niemand kann mit Gewalt gezwungen werden, etwas zu tun, was sein tatsächliches oder rechtliches Können übersteigt. Zwangsmassnahmen in einem solchen Falle wären unsinnig und ein Verstoss gegen die Menschenwürde.⁷⁹⁾ Ein Anhaltspunkt für hoheitliches autoritatives Handeln wäre nicht mehr vorhanden, solche Massnahmen können nur nichtig und damit rechtswidrig i. S. des § 113 sein. Die anordnende Instanz könnte nur an Stelle des ursprünglich verpflichteten Betroffenen handeln.⁸⁰⁾ Aber auch dies wäre bei rechtlicher Unmöglichkeit meist unzulässig (etwa wenn dem Be-

78) Vgl. Wolff S. 222, Forsthoff S. 201.

79) Vgl. §§ 56 II 3 BBG, 11 I 3 SoldG, 22 I WstG und 109 b V l StGB: Unverbindlichkeit einer Anordnung, wenn sie "ein die Menschenwürde verletzendes Verhalten aufträgt".

troffenen die Begehung einer strafbaren Handlung aufgetragen worden war. Allerdings könnte diese Handlung bei der Durchführung durch staatliche Organe nicht strafbar sein, weil dann besondere Rechtfertigungsgründe vorhanden sein könnten, die beim Handeln einer Privatperson nicht durchgreifen). Gibt die Verwaltungsbehörde etwa einem Hauseigentümer auf, innerhalb einer kurzen Frist sein Haus vollständig zu räumen (räumen zu lassen), obwohl in diesem Hause auf Grund von gültigen Mietverträgen zahlreiche Mieter wohnen, so können die Vollstreckungsbehörden, wenn sie diesen Verwaltungsakt vollstrecken wollen, nicht etwa den Eigentümer mit Gewalt dazu anhalten, selbst wiederum mit Gewalt die Mieter aus dem Hause zu schaffen. Denn dieser würde damit in unzulässiger Weise in die Rechte Dritter eingreifen und dadurch sogar strafbare Handlungen begehen. Die Vollstreckungsbeamten könnten also nur selbst direkt gegen die Mieter vorgehen. Aber auch ein solches Vorgehen wäre in den überwiegenden Fällen rechtswidrig, weil Vollstreckungsmassnahmen gegen die Mieter auf Grund eines gegenüber dem Vermieter erlassenen Verwaltungsakts unzulässig sind. Die Rechtswidrigkeit (Strafrechtswidrigkeit) einer Anordnung, die dies befiehlt, ist für die angewiesenen Untergebenen (Vollstreckungsbeamten) auch leicht erkennbar, weil ein solches Vorgehen schlechthin verboten ist. In solchen Fällen wäre also auch die "Ersatzvornahme" durch die staatlichen Organe unzulässig und rechtswidrig im Sinne des § 113.

Zusammenfassung:

Die hier vertretene Auffassung stimmt im Ergebnis mit der bisherigen herrschenden Ansicht überein. Darnach beinhaltet der Begriff der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 - allgemein gesprochen - vor allem ein formelles Element, nicht aber in erster Linie das der materiellen Richtigkeit.⁸¹⁾

80) Dafür besteht ja die Möglichkeit der "Ersatzvornahme", vgl. § 10 VwVG, oder Art. 16 und 21 IV PStGB.

81) Vgl. RGSt. 2, 414 ff., RGSt. 55, 162: "Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung" ... ist grundsätzlich schon dann gegeben, wenn der Beamte den Auftrag einer Dienststelle, der er nach den geltenden Verwaltungsrechtsvorschriften Gehorsam schuldet, in der gesetzlichen Form ausführt ... Es kommt hierbei nicht darauf an, ob der Auftrag im einzelnen Fall rechtlich zulässig war, d.h. ob seine gesetzlichen Voraussetzungen vorlagen." RGSt. 58, 195, BGHSt. 4, 161 ff. (162 und 164): Die Rechtmässigkeit der Vollzugshandlung hängt nicht vorwiegend vom sachlichen Recht ab, sondern regel-

Dieses formelle Element verlangt eine wenigstens abstrakte Zuständigkeit des handelnden Staatsorgans⁸²⁾ und in sachlicher Hinsicht einen wenigstens scheinbar mit dem materiellen Recht übereinstimmenden Inhalt einer staatlichen Massnahme, m.a.W. das Vorliegen von Umständen im einzelnen Fall, die eine Vermutung für die formelle und sachliche Rechtmässigkeit dieser Massnahme zu begründen vermögen. Diese Vermutung für die Rechtmässigkeit staatlichen Handelns und die sie bedingende Autorität der tätig gewordenen Behörde oder des einzelnen Beamten bestehen solange und haben solange Wirksamkeit, wie dieser Behörde oder diesem Beamten zugebilligt werden kann, dass ihr Handeln im konkreten Fall noch verantwortlich und pflichtgemäss (gewesen) ist.⁸³⁾ Diese Pflichtmässigkeit bei den Handlungen staatlicher Organe beruht auf einem subjektiven Element und wird durch ein objektives Element begrenzt: Für die Annahme dieser Pflichtmässigkeit müssen persönliche Anforderungen an jedem einzelnen Beamten gestellt werden, der im konkreten Fall tätig wird (ihm obliegt eine in Art und Umfang verschiedene Prüfungspflicht hinsichtlich der Zulässigkeit und der Rechtmässigkeit des Erlasses und der Vollstreckung jeder einzelnen Massnahme), und bei Vorliegen bestimmter objektiver Tatsachen (welche die besonders schwere Rechtswidrigkeit der einzelnen Massnahme bedingen) kann diese Pflichtmässigkeit nicht mehr angenommen werden: Die Vermutung der Rechtmässigkeit ist dann entkräftet, die staatliche Massnahme ist unwirksam (nichtig, unverbindlich) und ihre Vollstreckung rechtswidrig i. S. des § 113.

mässig schon von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Beamten zum Eingreifen, von den gesetzlichen Förmlichkeiten, soweit solche vorgeschrieben sind, von dem vom zuständigen Vorgesetzten erteilten Auftrag (!), oder, soweit der Beamte nach eigenem Ermessen handelt, von der Ordnungsmässigkeit der Ermessensausübung. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so handelt der Beamte rechtmässig. Auf die sachliche Richtigkeit der Vollziehungs- handlung kommt es dann nicht mehr an". Ferner Schönke-Schröder Anm. V 5 zu § 113, Leipzig Anm. 11 b zu § 113, Stratenwerth S. 188 und 191 und die weitere dort zit. Lit. und Rspr.
82) Vgl. Fussnote 5 (S. 66), ferner LeipZ 1923/S. 358.
83) Vgl. vor allem Fussnote 55 (S. 26) und 62 (S. 29), ferner S. 49 ff.

IV. T e i l
=====

Einer besonderen Erörterung bedarf noch das Handeln der "bewaffneten Macht" (§ 113 III StGB) im Staate, also der Organe des Heeres ("Bundeswehr"), des Bundesgrenzschutzes und der Grenzpolizeien der Länder,¹⁾ in Friedens- und Kriegszeiten.

1. Abschnitt: Massnahmen der "bewaffneten Macht" in Friedenszeiten.

§ 54) In Friedenszeiten gilt für diese besonderen staatlichen Organe: Die Bundesgrenzschutzbehörden und die Grenzpolizeien der Länder sind Polizeibehörden und haben daher grundsätzlich nur dieselben Aufgaben und Befugnisse wie die anderen Polizeikräfte (die "Schutzpolizei" der Gemeinden und Länder).²⁾ Sie haben daneben besondere Aufgaben und Befugnisse.³⁾ Das ändert aber nichts daran, dass auch das Handeln dieser staatlichen Organe denselben Grundsätzen unterliegt (d.h. hier: die Frage nach der Rechtmässigkeit und Verbindlichkeit ihrer Massnahmen gegenüber den Betroffenen nach denselben Grundsätzen zu beurteilen ist), die auch für das Handeln der allgemeinen (zivilen) Staatsorgane massgebend sind. Auch die genannten besonderen staatlichen Organe können daher nicht Massnahmen treffen, die gänzlich ausserhalb ihrer Zuständigkeit liegen (etwa öffentliche Abgaben fordern und eintreiben) oder rechtlich überhaupt unzulässig sind. Und bei einer Überschreitung der ihnen gewährten Befugnisse kommt es für die Frage, ob ihre Massnahmen rechtswidrig i. S. des § 113 sind, ebenso auf die Schwere und auffällige Erkennbarkeit der Mängel an, die diesen Massnahmen anhaften.

So ist es auch bei Massnahmen des stehenden Heeres eines Staates in Friedenszeiten. Das Heer und seine einzelnen Mitglieder haben zu diesen Zeiten überhaupt keine besonderen Befugnisse zum Eingreifen in Rechte Dritter. Mitglieder oder Verbände des Heeres haben keine polizeilichen oder sonstigen öffentlichen Aufgaben. Sie können also nicht etwa eine Verhaftung einer Zivilperson vornehmen, ausser in den Fällen, in welcher jeder Staatsbürger als Polizei tätig werden darf.⁴⁾ Etwas anderes ist es, wenn ein-

1) Vgl. etwa Art. 34 ff. POG.

2) Vgl. etwa Art. 36 POG.

3) Vgl. § 2 des BGrenzschutzG und Art. 34 POG.

4) Etwa nach §127 StPO.

zelne Verbände oder Abteilungen des Heeres in besonderen Fällen zu staatlichen Aufgaben heran gezogen werden.⁵⁾ Dann haben sie auch die besonderen Befugnisse der Behörden, denen die Erfüllung dieser Aufgaben normalerweise obliegt.⁶⁾ Das Heer ist in normalen Zeiten ein Verband im Staate, der im Verhältnis zum Staatsbürger nur die Stellung einer gleichgeordneten Person hat. Es kann daher zur Erfüllung seiner Bedürfnisse (Erwerb von Bau- und Übungsgelände, Verpflegung und Bekleidung seiner Verbände) gegenüber Privaten nur im Rahmen zivilrechtlicher Verträge tätig werden, nicht etwa durch zwangsweise Beschlagnahme oder Räumung. Der Staat hat allerdings die Möglichkeit, die Bedürfnisse seines Heeres durch besondere öffentliche Massnahmen zu decken (Enteignung, Anforderung nach dem BLG). Deren Zulässigkeit ist jedoch beschränkt. Auch sind dabei die strengen Form- und Verfahrensvorschriften dieser einschlägigen Gesetze zu beachten. Massnahmen, die gegen diese Vorschriften verstossen, sind in geregelten Friedenszeiten überwiegend als so stark rechtswidrig anzusehen, dass sie nur nichtig sein können, was auch ihre Rechtswidrigkeit im Sinne des § 113 zur Folge hat.⁷⁾

2. Abschnitt: Massnahmen der "bewaffneten Macht" (vor allem des Heeres) in Kriegszeiten: Einzelne Beispiele und allgemeine Grundsätze.

In unregelten und Kriegszeiten ist die Beurteilung von Massnahmen des Heeres (seiner einzelnen Verbände und Mitglieder) besonders schwierig und umstritten.

§ 55) Folgende Beispiele machen das einsichtig:

- 1) Wegen dringenden Bedarfs eines Heeresverbands ordnet dessen Befehlshaber die Beschlagnahme von mehreren Fahrzeugen unter Verstoß gegen die Vorschriften des BLG (§§ 5 I und 36 ff.) an.
- 2) Wegen dringenden Bedarfs ordnet derselbe Befehlshaber die Beschlagnahme von Lebensmitteln in einem Geschäft oder Bauernhof an, weil sich deren Besitzer weigert, Lebensmittel gegen Entgelt an diesen Truppenverband zu verkaufen.
- 3) Der Befehlshaber einer Abteilung Reiterei ordnet das Durch-

5) Etwa bei Katastrophen oder zur Wahrung der Ordnung bei Massenveranstaltungen (Versammlungen, Umzügen).

6) Vgl. Art. 61 POG.

7) Auf die obigen Ausführungen über Verstösse gegen das BLG wird verwiesen (S. 77 ff.). Eine weitergehende Erörterung, etwa auch der Verstösse gegen die Vorschriften der Enteignungsgesetze, würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen.

reiten eines Kornfelds an, weil er dies aus konkreten militärischen Gründen für nötig hält.⁸⁾

4) Beim Heranrücken feindlicher Truppenverbände ordnet der Befehlshaber der Verteidigungsstreitkräfte die Räumung eines Dorfes an und lässt dessen Einwohner zwangsweise aus dem Dorf entfernen, weil er dieses verteidigen, die Zivilbevölkerung aber nicht den feindlichen Waffen ausliefern will.

5) Die Einwohner eines Dorfes sehen, dass Verbände ihres eigenen Heeres ihr Dorf gegen heranrückende feindliche Verbände verteidigen wollen. a) Sie hissen die weisse Fahne, um ihr Dorf nicht dem feindlichen Beschuss auszusetzen. Der Befehlshaber der anwesenden Verteidigungsstreitkräfte erteilt den Befehl, den Bürgermeister des Dorfes als Initiator dieser Massnahme zu erschiessen. b) Sie versuchen, die (wenigen) Truppen des eigenen Heeres an der geplanten Verteidigung des Dorfes zu hindern, indem sie diese entwaffnen oder aus dem Dorf vertreiben. Der Befehlshaber eines nachfolgenden stärkeren Truppenteils des eigenen Heeres ordnet deswegen die Erschiessung einer bestimmten Anzahl von männlichen Dorfeinwohnern an.

6) Der Standortkommandant eines im Inland gelegenen Ortes befiehlt die Verhaftung und Erschiessung aller Ausländer bestimmter Nationalität, die sich im Orte befinden, weil feindliche Truppen sich dem Ort nähern.

7) Der Befehlshaber einer Truppe befiehlt die Plünderung und Niederbrennung eines Dorfes im feindlichen Gebiet und erklärt die Vergewaltigung der Frauen und Mädchen dieses Dorfes für zulässig, a) weil die Einwohner des Dorfes (nur Zivilisten) den eigenen Truppen Widerstand geleistet und sie beschossen haben, b) ohne ersichtlichen Grund.

8) Er befiehlt im besetzten feindlichen Gebiet die Erschiessung von (zufällig) aufgegriffenen Zivilisten des Feindstaates oder der männlichen Einwohner eines Dorfes, a) weil sie die Soldaten beschossen haben, b) ohne ersichtlichen Grund.

9) Er befiehlt die Erschiessung von feindlichen Gefangenen, a) weil die vorhandenen Lebensmittel kaum für die Ernährung der eigenen Soldaten ausreichen, b) ohne ersichtlichen Grund.

10) Er befiehlt die sofortige Erschiessung eines Soldaten, der sich geweigert hat oder weigert, einem militärischen Befehl

8) = Beispiel bei Ramm aaO, S. 396.

seines Vorgesetzten nachzukommen.

Sind diese Befehle für die Befehlsadressaten verbindlich?

In allen Fällen leisten die Betroffenen Widerstand: Ist dieser als solcher auch nach § 113 strafbar?

Die genannten Beispiele sind zwar im Rahmen des § 113 (also für die Frage der Strafbarkeit eines Widerstands gegen die Ausführung der oben aufgezählten Befehle) nicht von erheblicher praktischer Bedeutung, weil eine Widerstandsleistung in den genannten Situationen kaum denkbar ist.⁹⁾

§ 56) Trotzdem können diese Fragen hier erörtert werden, ohne hiermit den Rahmen dieser Untersuchung zu sprengen, weil für die Beurteilung der genannten Massnahmen von Heeresbefehlshabern die gleichen Grundsätze gelten müssen, wie für jedes Handeln staatlicher Organe. Das bedeutet: Auch Befehlshabern von Truppenteilen oder militärischen Befehlshabern überhaupt kommt grundsätzlich Autorität im oben dargelegten Sinne zu und für ihre konkreten Massnahmen besteht daher die Vermutung der Rechtmässigkeit.¹⁰⁾ Es ist kein Grund ersichtlich, warum ihr Handeln nach anderen Grundsätzen gemessen werden sollte, denn auch sie sind staatliche Organe und für die Frage der Zulässigkeit eines Widerstands sind ihre Massnahmen (Befehle bzw. deren Ausführungshandlungen) in § 113 ausdrücklich den Massnahmen der zivilen staatlichen Organe und Behörden gleichgestellt. Dies ergibt sich auch aus der Regelung der einschlägigen Vorschriften des Militär(straf)rechts: § 22 I 1 WStG stimmt (ebenso wie der § 47 I 2 des früheren MStGB) insofern mit § 56 II 3 BBG (dessen Wortlaut hier zum Ausgangspunkt der gesamten Erörterungen gemacht wurde) überein, als er bei besonders schwerwiegender Rechtswidrigkeit eines Befehls dessen Verbindlichkeit ausschliesst. Die Anordnungen ziviler und militärischer Behörden werden somit gleichgestellt. Massnahmen und Anordnungen militärischer Vorgesetzter sind daher nur dann unwirksam (unverbindlich), wenn sie in solch starkem Masse rechtswidrig sind, dass diese Rechtswidrigkeit entweder allgemein offenkundig oder dem beauftragten Untergebenen bekannt oder für diesen leicht erkennbar ist (war). Für die Frage der Verbindlichkeit eines mili-

9) So sind etwa die Beispiele 5, 6 und 8-10 nur dann für § 113 aktuell, wenn es den Widerstandsleistenden überhaupt gelingt, ihrer Erschiessung zu entgehen und wenn es nachträglich zu einem Verfahren wegen Widerstandsleistung gegen die Betroffenen kommen sollte - was praktisch kaum vorkommen wird.

10) Vgl. oben die Ausführungen S. 42 und bei Stratenwerth S. 162.

tärischen Befehls ist das auch im Völker(kriegs)recht ganz herrschende Auffassung.¹¹⁾

Zur Klarstellung sei hier noch darauf hingewiesen, dass selbstverständlich auch fremde Staatsangehörige sich durch Widerstandsleistungen gegen zivile oder militärische Organe und Behörden im Inland und Ausland nach § 113 strafbar machen können. Dies folgt einwandfrei aus §§ 4 I, 4 II 2 und 4 III 1 StGB, vor allem aber auch aus dem § 161 des früheren MStGB.¹²⁾ Es ist eine unbestreitbare Tatsache, dass etwa in einem besetzten feindlichen Gebiet die jeweilige Besatzungsmacht durch ihre zivilen oder militärischen Organe und Behörden eine gewisse öffentliche Gewalt ausüben, insbesondere die öffentliche Sicherheit und Ordnung in diesem Gebiet aufrechterhalten muss und dass sich fremde Staatsangehörige in gleicher Weise wie Inländer im Inland wegen Widerstands strafbar machen, wenn sie diese (durchaus legale) Machtausübung stören oder verhindern wollen.

3. Abschnitt: Erörterung der einzelnen Beispiele.

§ 57) Die Massnahmen in Beispiel 1 und 2 sind rechtmässig i.S.von § 113. Dies gilt natürlich nur für Kriegszeiten und im unmittelbaren Kriegsgebiet: Anderenfalls nämlich ist ein dringendes Bedürfnis, dem nicht auf andere Weise abgeholfen werden könnte, von vornherein nicht ersichtlich. In den genannten Notfällen¹³⁾ aber können Verstösse gegen formelle Vorschriften nicht die Unwirksamkeit einer Massnahme zur Folge haben, wenn diese Massnahme notwendig ist, um die Bedürfnisse des in solchen Situationen äusserst wichtigen staatlichen Heeres zu decken. § 129 III des früheren deutschen MStGB enthielt für diese Fälle eine ausdrückliche Regelung¹⁴⁾: Eine etwaige tatbestandsmässige Wegnahme von Gegenständen wurde durch diese Bestimmung gerechtfertigt. Im heute geltenden Recht fehlt zwar eine entsprechende Vorschrift. Doch wären die erwähnten Sachverhalte genau so

11) Vgl. Stratenwerth S. 40 und die dort zit. Lit.

12) Dieser bestimmte: "Ein Ausländer oder Deutscher, der in einem von deutschen Truppen besetzten ausländischen Gebiete gegen deutsche Truppen oder deren Angehörige oder gegen eine auf Anordnung des Führers eingesetzte Behörde eine nach den Gesetzen des Deutschen Reiches strafbare Handlung begeht, ist ebenso zu bestrafen, als wenn diese Handlung von ihm im Reichsgebiet begangen worden wäre".

13) Vgl. oben S. 77 ff.

14) "Die Zueignung oder Beitreibung von Gegenständen des Kriegs-

zu beurteilen, weil es sich bei den erwähnten Massnahmen um solche handelt, die, obwohl sie tatbestandsmässig sind, doch durch "rechtlich anerkannte militärische Notwendigkeiten" gerechtfertigt sind.¹⁵⁾ Dies dürfte ein allgemeiner, in allen Kriegszeiten massgebener Grundsatz sein (er kommt auch in der Regelung des § 129 III MStGB zum Ausdruck), auf den noch zurückzukommen sein wird.

Er hat auch für Beispiel 3 Bedeutung, d.h. auch die dort aufgeführte Massnahme ist nicht stets, sondern nur dann rechtswidrig, wenn sie durch keinerlei militärische Gründe veranlasst ist, also etwa in Friedenszeiten oder in Kriegszeiten ausserhalb des Kampfgebiets. Anderenfalls ist sie in der Regel rechtmässig, wenn der Befehlshaber auf Grund der ihm bekannten Umstände nach pflichtgemässer Prüfung der konkreten militärischen Ziele und der Möglichkeiten zu ihrer Erreichung das Durchreiten des Feldes für erforderlich hält (halten darf). Ob dies in Wirklichkeit so ist, darauf kommt es nicht entscheidend an. Diese Massnahme muss nur nicht angesichts der Umstände des konkreten Falles ausserhalb jeder vernünftigen Überlegung liegen. Dabei ist zu beachten, dass der Betroffene die militärische Lage kaum mit Sicherheit zu beurteilen vermag. Ist er daher über die militärische Notwendigkeit dieser Massnahme anderer Ansicht als der Befehlshaber, so kann ihn das nicht vom Vorwurf unzulässigen Widerstandes entlasten, wenn sich bei nachträglicher Prüfung ergibt, dass die Massnahme nicht absolut rechtmässig (da nicht notwendig) war, aber dem Befehlshaber trotzdem keine Pflichtwidrigkeit zur Last gelegt werden kann.¹⁶⁾ Denn das Risiko eines Widerstands (d.h. der Beurteilung des Begriffes der Rechtmässigkeit der Amtsausübung) geht zu Lasten des Betroffenen.¹⁷⁾ Und der Staat überschreitet keinesfalls seine Grenzen, wenn er auch eine zwar nicht absolut rechtmässige aber doch pflichtmässige Amtsausübung als rechtmässig i.S. des § 113 gewertet sehen will, denn auch der Begriff der Pflichtmässigkeit hat ja seine Grenzen.¹⁸⁾

In den bisher behandelten 3 Beispielen handeln auch die Unter-

bedarfs im Rahmen des dringenden Bedürfnisses, besonders von Bekleidungs- oder Ausrüstungsgegenständen, von Heil-, Nahrungs-, Genuss-, Futter-, Feuerungs- oder Beförderungsmitteln oder von Treibstoffen ist keine Plünderung" (im Sinne des § 129 I aaO).

15) Vgl. RGSt. 59, 330 (335 f.).

16) Die Ausführungen oben S. 81 und 82 gelten hier entsprechend.

17) Vgl. die Ausführungen von Maurach II S. 552.

18) Vgl. oben S. 51, 55 ff.

gegebenen pflichtmässig und rechtmässig, wenn sie derartigen Befehlen gehorchen. Denn entweder sind diese überhaupt rechtmässig, oder aber müssen sie aus der Sicht der Untergebenen als rechtmässig erscheinen, weil sich diesen irgendwelche sicheren Anhaltspunkte für die Rechtswidrigkeit der Befehle kaum aufdrängen werden (und können). An die Prüfungspflicht der Untergebenen dürfen überdies in derartigen Situationen keine grossen Anforderungen gestellt werden, was unmittelbar einleuchtet.

§ 58) In Anbetracht des oben erwähnten Grundsatzes der Wirksamkeit eines wegen "militärischer Notwendigkeiten" erforderlichen Befehls erscheint es nun angebracht, ganz allgemein auf die Frage einzugehen, welchen zulässigen Inhalt ein militärischer Befehl haben kann und welche Auswirkung eine etwaige inhaltliche Rechtswidrigkeit eines solchen Befehls auf seine Wirksamkeit (Verbindlichkeit) haben kann.

Die im Schrifttum im Anschluss an § 47 MStGB vertretene Auffassung, dass jeder militärische Dienstbefehl ohne Rücksicht auf seinen Inhalt verbindlich sei¹⁹⁾, ist nach der hier entwickelten Ansicht unhaltbar. Es gibt keine unbeschränkte Gehorsamspflicht. Selbst aber wenn man der genannten Auffassung des Schrifttums für den Bereich der Verbindlichkeit eines Befehls im Innenverhältnis (also gegenüber dem Untergebenen) folgen wollte, wäre sie für die Entscheidung des vorliegenden Problems, nämlich die gerechte Abgrenzung des Begriffes der Rechtmässigkeit der Amtsausübung in § 113 gegenüber dem Betroffenen, unbrauchbar. Denn sie lässt die Phänomene der Autorität allen hoheitlichen Handelns, der Vermutung der Rechtmässigkeit und der "Offensichtlichkeit" der Rechtswidrigkeit einer staatlichen Anordnung völlig unbeachtet.

Nach der ständigen Rspr. des Reichsmilitärgerichts und des RG²⁰⁾ aber ist ein militärischer Befehl dann verbindlich, wenn er "rechtmässig" ist. Dies ist er in inhaltlicher Hinsicht dann, wenn er die sich "aus dem Wesen des militärischen Dienstes, aus den rechtlich anerkannten militärischen Notwendigkeiten" ergebenden Schranken nicht überschreitet und der Vorgesetzte den Befehl (unter Beachtung dieser Schranken) nach pflichtgemäßem Ermessen erteilt hat. Bei einem entschuldbaren Irrtum über die tatsächli-

19) Vgl. Stratenwerth S. 158 und die dort zit. Lit.

20) Z.B. RMG 22,80 und vor allem RGSt. 59, 330 (335 f.).

chen Verhältnisse oder über die militärische Notwendigkeit oder Zweckmässigkeit eines Befehls muss der Befehl demnach verbindlich sein, weil dann immer noch die Pflichtmässigkeit des Handelns des Vorgesetzten angenommen werden kann. Diese Auffassung ist noch - entsprechend der hier vertretenen Ansicht - dahingehend zu präzisieren, dass es selbstverständlich auf das subjektive Ermessen des Vorgesetzten allein nicht ankommen kann. Wenn man von pflichtgemässen Ermessen oder sachlich vertretbaren Erwägungen des Vorgesetzten spricht, so setzt man dadurch immer schon voraus, dass es objektive sachliche Maßstäbe gibt, an denen letztlich das "Ermessen" des Vorgesetzten auf seine sachliche Richtigkeit und vor allem Pflichtmässigkeit geprüft werden kann. Dies aber sind ausser den im Bereich militärischen Handelns seltenen ausdrücklichen Verbotsvorschriften²¹⁾ eben die Rechtssätze, die sich "aus dem Wesen des militärischen Dienstes, aus den rechtlich anerkannten militärischen Notwendigkeiten" ableiten lassen. Wie nach der hier vertretenen Auffassung hängt also die Frage, ob ein konkretes Handeln militärischer Organe rechtmässig (pflichtmässig) war, vom (Nicht)vorhandensein objektiver Momente ab. Auch im Bereich der militärischen Kommandogewalt ist daher ein Befehl, auch wenn er im konkreten Fall auf einen Irrtum oder einer Ermessensüberschreitung des Vorgesetzten beruht, also an sich rechtswidrig ist, verbindlich und muss auch vom Betroffenen geduldet werden, solange er von der Autorität des Befehlenden getragen wird, d.h. also seine Rechtmässigkeit vermutet werden kann. Das aber ist stets dann der Fall, wenn der Befehl "auf sachlichen Erwägungen beruhen könnte, also im Bereich des sachlich überhaupt Vertretbaren verbleibt",²²⁾ und sich im konkreten Fall keine sicheren Schlüsse auf seine (besonders schwere und auffällige) Rechtswidrigkeit ziehen lassen. Es ist dabei lediglich zu berücksichtigen, dass es im Bereich militärischer Kommandogewalt grundsätzlich keine positiven materiell-rechtlichen Regelungen gibt, welche sich auf die inhaltliche Zulässigkeit eines militärischen Befehls beziehen. Die Frage nach der Recht- und Pflichtmässigkeit eines Befehls kann daher hier nur unter

21) Etwa §§ 129 und 132 MStGB. § 129 betrifft das Verbot der Plünderung (vgl. oben S. 92/93), § 132 das der "Verwüstung": "Wer im Felde boshaft oder mutwillig fremdes Gut verwüstet, wird wie ein Plünderer bestraft."

22) Stratenwerth S. 160 f.

Anwendung der Grundsätze beantwortet werden, die sich aus dem Wesen des militärischen Dienstes und den anerkannten militärischen Notwendigkeiten ergeben.^{23), 24)} Es kommt also weder auf die Pflichtmässigkeit im Sinne einer subjektiven Gewissenhaftigkeit des Vorgesetzten, noch auf eine objektive absolute Richtigkeit und Rechtmässigkeit des Befehls allein an. Pflichtmässigkeit des Vorgesetzten und Wirksamkeit des Befehls stehen vielmehr in der oben nachgewiesenen Abhängigkeit: Die Annahme der Pflichtmässigkeit findet ihre Grenze bei einer besonders schweren Rechtswidrigkeit des Befehls.

Mit Hilfe dieser allgemeinen Grundsätze können nun auch die weiteren Beispiele erörtert werden.

§ 59) In Beispiel 4 kann die Frage, ob die Evakuierung der Einwohner eine notwendige und daher rechtmässige militärische Massnahme ist, bejaht werden. (Sie geschieht überdies zum Schutze dieser Einwohner). Die Evakuierung ist aus militärischen Gründen deshalb erforderlich, weil sich wirksame Verteidigungsmassnahmen nicht durchführen lassen, wenn sich wehrlose Frauen und Kinder in dem Dorfe aufhalten. Allerdings könnte die Anordnung der Verteidigung des Dorfes als solche unter folgendem Gesichtspunkt als rechtswidrig erscheinen: Bei der Verteidigung des Dorfes ist mit Sicherheit damit zu rechnen, dass durch den feindlichen Beschuss grosse Teile des Dorfes zerstört werden. Die Anordnung der Verteidigung bewirkt also schwerste Schädigungen des Eigentums und der Existenz der Betroffenen. Diese Erwägung muss aber grundsätzlich ausser Betracht bleiben, denn die Schädigung von privatem Eigentum ist schliesslich in einem Kriege nicht zu vermeiden. Die Notwendigkeit und damit Rechtmässigkeit der militärischen Verteidigung des Dorfes könnte aber ferner dann verneint werden, wenn eine solche Verteidigung völlig sinnlos erscheint, wenn sie also einerseits überhaupt keinen militärischen Erfolg erwarten lässt, andererseits aber eine (deswegen unnötige, sinnlose) Schädigung von Eigentum oder gar Leib und Leben Privater (Zivilpersonen) zur Folge haben wird. Wann aber kann das von einer

23) Wobei ein Verstoss gegen "fundamentale Rechtsnormen" (Stratenwerth S. 162) und die fundamentalen Grundsätze der Menschlichkeit niemals von dem Begriff der militärischen Notwendigkeit gedeckt werden kann.

24) Nur so kann die genannte Rspr. ausgelegt werden. Diese Auslegung entspricht auch der Auffassung Stratenwerths. Seine gegen

militärischen Aktion schon mit Sicherheit behauptet werden. Jede Verteidigungsmassnahme hat insoweit einen Sinn und Zweck, als sie feindliche Verbände aufhält und örtlich und zeitlich bindet. Selbst in den Tagen des Endes des zweiten Weltkrieges etwa, als also jedem durchschnittlich intelligenten und unterrichteten Menschen bewusst war, dass dieser Krieg für das damalige Deutsche Reich verloren war, konnte nicht stets mit Sicherheit von der Sinnlosigkeit einer einzelnen militärischen Verteidigungsmassnahme gesprochen werden, weil diese zwar als solche für sich betrachtet als sinnlos erscheinen konnte, aber jedenfalls eine (wenn auch untergeordnete) Bedeutung im Gesamtrückzugsplan der damaligen Deutschen Wehrmacht haben könnte, der nicht einmal den gesamten deutschen Wehrmachtsverbänden selbst, viel weniger aber der davon betroffenen Zivilbevölkerung bekannt war. Weitergehende Erörterungen dieses (äusserst heiklen und umstrittenen) Problems würden den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Aus den bisherigen Ausführungen aber dürfte einsichtig geworden sein, dass Befehle von der Art des in Beispiel 4 genannten in nahezu allen praktischen Fällen grundsätzlich als rechtmässig anzusehen wären.

§ 60) Die eben angeschnittenen Probleme tauchen in besonderer Intensität auch in Beispiel 5 auf. Geht man angesichts der obigen Ausführungen auch hier davon aus, dass die angeordnete Verteidigung des Dorfes nicht als sinnlose, daher unnötige und rechtswidrige militärische Massnahme anzusehen ist, so durften sich die Einwohner nicht dagegen wehren.

a) das Hissen der weissen Fahne stellt an sich eine gegen den Verteidigungsbefehl gerichtete Massnahme dar. Ihr Zweck ist die Aufforderung an die eigenen Truppen, von der Verteidigung des Dorfes Abstand zu nehmen und damit einem militärischen Befehl den Gehorsam zu verweigern. Diese Aufforderung könnte daher eine strafbare Handlung darstellen: In Frage kommt ein Verstoß gegen die §§ 109 b, 109 c, und 110 StGB und (vor der Beendigung des zweiten Weltkrieges) gegen die Bestimmungen der sog. Kriegssonderstrafrechtsverordnung.²⁵⁾ Es liegt zumindest der Versuch der Ver-

die Rspr. des RMG und RG vorgebrachten Einwände (aaO, S. 160/161) sind daher gegenstandslos. Ihnen wird auch durch die obigen Ausführungen (vor allem S. 55 ff.) der Boden entzogen.

25) Die "Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz" vom 17.8.1938. Ihr § 5 I bestimmte: "Wegen Zersetzung der Wehrkraft wird mit dem Tode bestraft:

leitung zum Ungehorsam vor. Ob nun die einzelnen Tatbestandsmerkmale der genannten Vorschriften erfüllt sind oder ob in diesen Situationen ein tatbestandsmässiges Tun etwa unter dem Gesichtspunkt der Notwehr gerechtfertigt wird, braucht hier aber nicht geprüft zu werden. Denn selbst wenn die erwähnte Handlungsweise des Bürgermeisters strafbar wäre, stünde dem Befehlshaber der kämpfenden Truppe nicht die Befugnis zu, den Bürgermeister wegen dieser Tat abzuurteilen und das Urteil sofort vollstrecken zu lassen, bzw. diesen ohne ein (wenn auch noch so summarisches Standgerichts-)verfahren sofort erschiessen zu lassen. Der militärischen Gerichtsbarkeit unterliegt der Bürgermeister als zivile Person nicht. Deshalb käme nicht einmal ein standgerichtliches Verfahren gegen ihn in Frage. Es erging aber z.B. noch in den letzten Phasen des zweiten Weltkriegs auf deutscher Seite ein sog. "Führerbefehl", der in Fällen wie dem vorliegenden und ähnlichen die sofortige Erschiessung ohne Rücksicht auf die Person zuließ und anordnete. Abgesehen davon, dass der genaue Wortlaut und damit Anwendungsbereich dieses "Führerbefehls" nicht allgemein bekannt wurde, wäre seine Anwendung schon deshalb unzulässig (gewesen), weil er auch bei Berücksichtigung der besonderen Situationen, für die er erlassen worden war, mit den zumindest noch formell bestehenden Prinzipien auch des damaligen Staatswesens unvereinbar war.²⁶⁾ Die Erschiessung des Bürgermeisters wäre daher rechtswidrig (gewesen), und zwar (schon wegen der Bedeutung des betroffenen Rechtsguts) derart krass, dass der entsprechende Befehl als unverbindlich anzusehen (gewesen) wäre. Für die Untergebenen war diese Rechtswidrigkeit auch erkennbar, weil ihnen die Handlungsweise des Bürgermeisters bekannt war, ebenso wie die Art und Weise des von ihrem Vorgesetzten angeordneten (Erschiessungs)verfahrens.²⁷⁾

1) Wer öffentlich dazu auffordert oder anreizt, die Erfüllung der Dienstpflicht in der deutschen oder einer verbündeten Wehrmacht zu verweigern, oder sonst öffentlich den Willen des deutschen oder verbündeten Volkes zur wehrhaften Selbstbehauptung zu lähmen oder zu zersetzen sucht.

2) Wer es unternimmt, einen Soldaten ... zum Ungehorsam, zur Werdersetzung oder zur Tätlichkeit gegen einen Vorgesetzten oder zur Fahnenflucht oder unerlaubten Entfernung zu verleiten oder sonst die Mannszucht in der deutschen oder einer verbündeten Wehrmacht zu untergraben" usw.

26) Dies folgt nicht schon daraus, dass die WRV auf Grund des sog. "Ermächtigungsgesetzes" vom 24.3.1933 praktisch nur noch als einfaches Gesetz fortbestand (weil sie jederzeit durch ein-

b) In Beispiel 5 b stellt die Vertreibung oder Entwaffnung der eigenen Truppen einwandfrei eine strafbare Handlung dar (Erfüllung des § 113 III mit I StGB), wenn die Verteidigungsanordnung als solche rechtmässig war.²⁸⁾ Der militärische Befehlshaber ist aber ebenfalls nicht zur Bestrafung von strafbaren Handlungen von Zivilpersonen befugt. Dies wäre eine glatte Überschreitung der ihm zustehenden hoheitlichen Zwangsbefugnisse. Ganz und gar rechtswidrig ist eine solche Erschiessung aber dann, wenn sie nicht den eigentlichen (natürlich kaum überführbaren) Täter betrifft, sondern etwa aus dem (mittelalterlichen) Gesichtspunkt der "Sippenhaft" angeordnet wird und damit wahrscheinlich völlig unschuldige Personen getötet werden.

§ 61) Dass der in Beispiel 6 erteilte Befehl eindeutig rechtswidrig und unverbindlich ist (Verstoss gegen § 220 a I 1 StGB!) bedarf angesichts der vorhergehenden Ausführungen keiner weiteren Begründung. Mit der gleichen Eindeutigkeit kann das von den Befehlen in den Beispielen 7 b, 8 b und 9 b behauptet werden. Es kann in solchen Fällen auch die (sichere) Kenntnis der angewiesenen Untergebenen von der Rechtswidrigkeit der Befehle angenommen werden, weil diese ja bei den diesen Befehlen vorhergegangenen Geschehnissen überwiegend anwesend waren und diese daher genau kennen, oder weil sich die (krasse) Rechtswidrigkeit des Befehls schon aus seinem Inhalt selbst oder den Umständen seiner Erteilung ergibt (so etwa in Beispiel 6).²⁷⁾

Schwieriger ist die Beurteilung der Anordnungen in den Beispielen 7 a, 8 a und 9 a. Es ist zwar nach dem hier einschlägigen Völkerkriegsrecht ganz einwandfrei zulässig, Zivilpersonen des feindlichen Staates, mit dem Krieg geführt wird, zu töten, wenn diese als sog. Partisanen aufgetreten sind, d.h. ohne als reguläre Streitkräfte des Feindstaates ausgewiesen zu sein, den eigenen Truppen gewaltsamen versteckten (und daher besonders

fache Mehrheit geändert werden konnte), so dass ihr Art. 105 ("Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standgerichte werden hiervon nicht berührt") dadurch ebenfalls an praktischer Bedeutung verlor. Durch das Gesetz vom 24.3.1933 wurde auch Art. 68 II WRV ("Die Reichsgesetze werden vom Reichstag beschlossen") praktisch dahingehend abgeändert, dass Reichsgesetze auch von der Reichsregierung erlassen werden konnten. Nicht aber einmal dies ist bei dem genannten imaginären "Führerbefehl" erfolgt. Der "Führer" konnte zwar als "Oberbefehlshaber der Wehrmacht" in derartigen Situationen derartige Befehle erlassen, dann aber nur für die

heimtückischen und gefährlichen) Widerstand geleistet haben. Ebenso unmöglich aber ist etwa die Duldung oder gar Anordnung der Vergewaltigung der Frauen und Mädchen, auch wenn diese selbst als Partisanen gekämpft haben. Weiterhin ist festzustellen, dass eine absolut rechtmässige Füsilierung nur bei den Personen vorhanden ist, die tatsächlich diesen Widerstand geleistet haben. Insoferne ist es grundsätzlich rechtswidrig, ein ganzes Dorf niederzubrennen oder alle Einwohner dieses Dorfes zu töten, wenn nur wenige einen verbotenen Widerstand geleistet haben. Dabei darf aber nicht verkannt werden, dass es Grenzsituationen geben kann, die nicht nach diesem theoretischen Schema, sondern nur nach den Umständen des konkreten Falles beurteilt werden können. Wie ist es etwa, wenn sich die eigentlichen Partisanen nicht ermitteln lassen, aber drastische Massnahmen - abgesehen von dem Gesichtspunkt der militärischen Notwendigkeit - schon aus dem Gesichtspunkt der Notwehr nötig sind, etwa wenn die Partisanentätigkeit in diesem Gebiet derart stark ist, dass sie nicht nur die Durchführung militärischer Operationen gefährdet, sondern auch ständig Leib und Leben der regulären Truppen der eigenen Armee? Aus diesen Situationen und sachlich einwandfreien Erwägungen kann sich die Rechtmässigkeit der exemplarischen Zerstörung eines ganzen Dorfes²⁹⁾ oder der Tötung eines Teiles seiner (erwachsenen) Einwohner ergeben, auch wenn deren Partisanentätigkeit nicht einwandfrei nachweisbar ist. Aber auch in solchen Fällen kann die Vergewaltigung von Frauen und Mädchen und die Tötung von Kindern niemals rechtmässig sein. Ein entsprechender Befehl wäre wegen Verstosses gegen die fundamentalen Grundsätze der Menschlichkeit (Würde des Menschen!) stets unverbindlich.

Wehrmachtsangehörigen, nicht aber mit Wirkung gegenüber Zivilpersonen. Hinzu kommt in vorliegendem konkreten Fall noch das Fehlen eines wenn auch noch so summarischen standgerichtlichen Verfahrens.

27) Dabei soll nicht verkannt werden, in welcher praktisch schwieriger, ja nahezu auswegloser Lage sich ein Untergebener in derartigen Situationen befindet, wenn er die starke Rechtswidrigkeit und daher Unverbindlichkeit des Befehls erkannt hat und sich daher weigern müsste, ihn auszuführen. Ihm droht bei Gehorsamsverweigerung praktisch ebenfalls die Erschiessung. Er befindet sich in einer Notstandssituation. Aber mit der Beseitigung dieser praktischen Schwierigkeiten hat sich ja vorliegende Untersuchung nicht zu befassen. Sie lassen sich auch kaum beseitigen.

28) Dazu vgl. oben S. 96/97.

29) Vgl. Dörken-Scherer aaO, Anm. 3 zu § 132 MStGB (Verwüstung): "Rechtfertigungsgrund sind insbesondere die Kriegsnotwendigkeiten."

Auch der Befehl in Beispiel 9 a wäre stets unverbindlich, da er durch keinerlei "militärische Notwendigkeiten" gedeckt wird, also sinnlos ist. Der Befehlshaber könnte lediglich anordnen, dass an die Gefangenen keine Lebensmittel mehr verteilt werden; erschiessen lassen darf er sie jedoch aus dem im obigen Beispiel genannten Grunde nicht. Allgemeingültige Grundsätze lassen sich daher verständlicherweise nicht finden. Die obigen Beispiele wurden auch nur aufgeführt, um diese Schwierigkeiten zu zeigen und nachzuweisen, dass die Frage nach der Notwendigkeit und Rechtmässigkeit einer militärischen Massnahme und eines militärischen Befehls nicht in jeder konkreten Situation in der Weise einwandfrei beantwortet werden kann, die es rechtfertigen könnte, etwa nur der objektiv absolut richtigen und rechtmässigen Entscheidung eines militärischen Befehlshabers Wirksamkeit und Verbindlichkeit zuzuerkennen.

§ 62) Zu Beispiel 10 ist festzustellen: Nach § 10 V 2 SoldG hat ein militärischer Vorgesetzter Befehle "in der den Umständen angemessenen Weise durchzusetzen". Man sieht es dieser schlichten Vorschrift nicht an, welche grosse Bedeutung ihr im einzelnen Fall zukommen kann. Die "Umstände" sind durchaus andere in Friedens- oder Kriegszeiten, im Kampfgebiet oder ausserhalb desselben, im eigenen Staatsgebiet oder in Feindesland. Das Wort "angemessen" soll dabei auf die Grundsätze der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismässigkeit allen hoheitlichen Handelns hinweisen. Es hängt also z.B. von der Notwendigkeit einer raschen Durchsetzung oder der Wichtigkeit eines Befehls ab, welche Mittel sich der Vorgesetzte bei der Durchsetzung seines Befehls bedienen darf. Daher kann es in manchen Situationen durchaus auch angemessen (d.h. aber rechtmässig) sein, den widerstrebenden Untergebenen mit der Waffe in der Hand zum Gehorsam zu zwingen und ihn sogar zu töten, wenn er trotz der Drohung mit Erschiessen keine Anstalten trifft, den Befehl auszuführen. Dies kann aber - wenn man genau unterscheidet - grundsätzlich nur zur Erzwingung des Gehorsams, nicht aber zur Bestrafung des Ungehorsams erfolgen. Es muss also in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erzwingung des Gehorsams und damit mit der Durchsetzung des Befehls stehen. Unzulässig ist es daher, wenn der Vorgesetzte es aufgibt, den widerstrebenden Untergebenen zur Durchführung des Befehls mit Waffengewalt zu zwingen, um ihn später wegen dieses Ungehorsams durch Erschiessen bestrafen zu lassen. Dieser Exekution müsste

vielmehr grundsätzlich ein militärisches Strafverfahren, mindestens in der summarischen Form des Standgerichtsverfahrens, vorausgehen, das die Erschiessung des Ungehorsamen beschliesst. Eine Erschiessung im Vollzug dieser Entscheidung ist dann zulässig. Das kann aber nur dann gelten, wenn dieses Standgerichtsverfahren die Mindestvoraussetzungen eines Verfahrens aufweist, das eine sachliche Entscheidung überhaupt erwarten lässt. Diese Mindestvoraussetzungen sind: Das "Gericht" muss sich aus Personen zusammensetzen, die an dem Vorfall der Gehorsamsverweigerung nicht unmittelbar beteiligt waren. Dem "Angeklagten" muss ferner die Möglichkeit zu einer Verteidigung gegeben werden und die Entscheidung des "Gerichts" darf nicht durch äusseren Zwang beeinflusst sein. Denn diese Mindestbedingungen sind überhaupt erst in der Lage, den Anschein zu erwecken, dass es sich hier um eine von staatlicher Autorität getragene Entscheidung handelt und nicht etwa um einen willkürlichen privaten Racheakt des Vorgesetzten oder des an dieser Stelle befehlenden militärischen Befehlshabers. Nur sie können die Vermutung der Rechtmässigkeit dieser Massnahme begründen.³⁰⁾ Deshalb kann in dieser Situation ein etwaiger "Führerbefehl" von der Art des bereits oben erwähnten keine weitergehende Wirkung entfalten: Wird etwa durch einen solchen (einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung gleichstehenden) Befehl des "Oberbefehlshabers der Wehrmacht" angeordnet, daß ein Untergebener, der den Gehorsam in bestimmten Notstandssituationen verweigert, deswegen auf der Stelle erschossen werden darf (soll), so kann damit nur das gemeint sein, was bereits aus der Regelung des § 10 V 2 SoldG folgt: Der einzelne Vorgesetzte kann zur Erzwingung des Gehorsams von der Waffe Gebrauch machen, nicht aber zur (späteren) Bestrafung des Ungehorsams. Dies ist nicht etwa eine theoretisch spitzfindige Unterscheidung, sondern wird aus folgenden Erwägungen einsichtig: Scheut sich der Vorgesetzte, dessen Befehl keine Folge geleistet wird, davor, den Gehorsam mit der Waffe in der Hand zu erzwingen, so könnte das unter Umständen bedeuten, dass er von der absoluten Rechtmässigkeit des Befehls selbst nicht völlig überzeugt ist. Oder: Dass die Ausführung des Befehls doch nicht unbedingt nötig war, dass also keine Notstandssituation vorlag. Aber selbst wenn der Befehl in solchen Fällen tatsächlich rechtmässig war und auch eine rasche Massnahmen verlangende Situation vorlag, sind trotzdem nach dem

30) Vgl. oben S. 72.

Wegfall dieser Notstandssituation die Voraussetzungen für eine sofortige Tötung des Untergebenen nicht mehr gegeben, sie sind ebenfalls weggefallen. Es besteht vielmehr jetzt wieder die Möglichkeit, den ungehorsamen Untergebenen in einem wenigstens summarischen Verfahren abzuurteilen. Daher muss dieses auch durchgeführt werden. Wird dann aber dem Untergebenen nicht einmal die geringste Gelegenheit zu seiner Verteidigung gegeben, so ist ein solches "Verfahren" als derart mangelhaft und eine sofortige auf Erschiessung lautende Entscheidung als derart krass, rechtswidrig und unverbindlich anzusehen (schon wegen der Bedeutung des hier betroffenen Rechtsguts und der Art und Weise des Eingriffs), dass die Vollziehung der Entscheidung nur als rechtswidrige Amtsausübung i. S. des § 113 gelten kann. Die besonders schwere Rechtswidrigkeit der Entscheidung ist hier auch für die mit der Erschiessung beauftragten Untergebenen klar erkennbar, weil diese ja in der Regel auch bei der Gehorsamsverweigerung und späteren "Urteilsfällung" dabei (gewesen) sind und die Art des Vorgehens gegen den Ungehorsamen genau kennen.³¹⁾ Voraussetzung einer rechtmässigen Verurteilung in einem militärischen Standgerichtsverfahren ist ferner, dass der ursprüngliche nicht befolgte Befehl rechtmässig war oder wenigstens auf Grund der Umstände des Falles als rechtmässig angesehen werden konnte (d.h. wenn er angesichts der Umstände des Einzelfalles den Anschein erwecken konnte, dass er vermutlich auf sachlichen Erwägungen beruhe, wenn er also im Bereiche des sachlich überhaupt Vertretbaren verblieb³²⁾). Bestand aber für einen Befehl nicht einmal mehr die geringste Vermutung für seine sachliche Richtigkeit und Rechtmässigkeit, war er also für alle Beteiligten "offensichtlich" rechtswidrig im Sinne der obigen Ausführungen, so ist erst recht der weitere Befehl, einen Untergebenen zu erschiessen, weil er diesem ersten Befehl nicht Folge geleistet hat, rechtswidrig und unverbindlich.³¹⁾

31) Vgl. oben Fussnote 27 (S. 100).

32) Vgl. oben S. 95.

Schlussbemerkung:

Am Schluss der Erörterung vorliegenden Problems bleibt festzustellen:

Der Verfasser ist sich dessen bewusst, dass sich auch mit der hier entwickelten Auffassung nicht sämtliche bei vorliegendem Problem auftauchenden Fragen in unangreifbarer Weise lösen lassen und dass insbesondere mit der hier gefundenen Lösung nicht alle möglichen praktischen Fälle in vorhersehbarer Weise mit Sicherheit entschieden werden können. Wo ist aber schon die theoretische Lösung, welche die zahlreichen vor allem praktischen bei vorliegendem Problem auftauchenden Fragen in dieser Weise zu entscheiden vermag? Es scheint, dass sich das bei der Frage der Beurteilung der "Rechtmässigkeit der Amtsausübung" in § 113 StGB zu Ungunsten des betroffenen Staatsbürgers bestehende Risiko nie wird ganz vermeiden lassen. Dieser Gesichtspunkt, der auf einer Bevorzugung der allgemeinen (staatlichen, öffentlichen) Interessen gegenüber den Interessen des Einzelnen beruht, war für vorliegende Untersuchung von vorneherein bestimmend. Ihr Zweck bestand daher vor allem darin, die vielen beim Widerstand gegen die Staatsgewalt entstehenden Probleme herauszustellen und einige - wie es scheint - allgemeingültige Grundsätze zu ihrer Lösung zu entwickeln. Dabei wurde dem Phänomen der staatlichen Autorität besondere Bedeutung beigemessen. Die Hervorhebung dieses Gesichtspunktes erschien angebracht angesichts der gerade in der heutigen Zeit herrschenden allgemeinen Interesselosigkeit und Gleichgültigkeit gegenüber jeglichem staatlichen (politischen, öffentlichen) Leben und des damit Hand in Hand gehenden Misstrauens gegenüber jedem staatlichen (hoheitlichen) Wirken. Die Autorität der Staatsgewalt und ihre hier aufgeführten Grundlagen sollen aber auch jedem staatlichen Beamten wieder in das Bewusstsein gerufen werden, damit er sein Handeln, seine hoheitliche Tätigkeit ausübt und ausrichtet nach den an ihn gestellten Forderungen des Pflichtbewusstseins und der Verantwortung.

Lebenslauf des Verfassers.

Am 15. Januar 1936 wurde ich als einziger Sohn des Verwaltungsangestellten Anton Kiesel und seiner Ehefrau Maria in Oderwalde, Krs. Cosel (Oberschlesien) geboren. Im Alter von 3 Jahren kam ich infolge einer beruflichen Versetzung meines Vaters nach Breslau. Dieses musste ich im Januar 1945 auf Grund der Kriegseignisse verlassen. Ich wurde zunächst in die Lausitz, dann in den Bayerischen Wald evakuiert und kam im April 1946 nach Rosenheim (Oberbayern). Im gleichen Jahre trat ich in das dortige Humanistische Gymnasium ein. Mein Vater kehrte im Dezember 1947 aus russischer Kriegsgefangenschaft zurück und fand 1948 Arbeit in München. Im Mai 1950 konnten wir auch eine Wohnung in München beziehen. Am Theresiengymnasium München machte ich im Juli 1954 mein Abitur. Ich studierte anschliessend 8 Semester Rechtswissenschaft (7 an der Universität München, 1 an der Universität Freiburg/Brsg.), beendete im März 1959 die erste juristische Staatsprüfung in München mit der Gesamtnote "gut" (3,2) und bin seit dieser Zeit als Rechtsreferendar im praktischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk München (derzeit bei dem Bayerischen Verwaltungsgericht in München) tätig. Nach dem Bestehen der 2. juristischen Staatsprüfung möchte ich - wenn möglich - die Richterlaufbahn einschlagen.

München, den 21. Dezember 1961

Harald Kiesel

